

**PRIMERA PARTE**

**El fortalecimiento del Poder Ejecutivo y sus consecuencias en el control judicial de las**

**Administraciones Públicas**

El primer concepto relevante para este análisis es el que se refiere a la deferencia y su posible impacto en el Ordenamiento Jurídico español, y en aquellos influenciados por el modelo europeo continental. Tradicionalmente, la doctrina jurídica española sí ha acogido el estudio y análisis de conceptos jurídicos provenientes del Derecho Administrativo de los Estados Unidos de América. Precisamente, las teorizaciones sobre la separación de poderes, el control judicial y, en general, las bases democráticas de los sistemas constitucionales europeos han sido aceptadas en España y en la gran mayoría del continente. En este sentido, concretamente, el Profesor García de Enterría<sup>1</sup> ha estudiado con profundidad su posible impacto y aplicación en el continente europeo y en España. Estos estudios confirman la respectiva interacción que ha existido y que se mantiene entre los distintos ordenamientos jurídicos democráticos.

Indudablemente, cualquier estudio de derecho comparado exige un riguroso análisis de los institutos jurídicos que se analizan y su correspondiente compatibilidad con los ordenamientos jurídicos que se revisan. Sin embargo, García de Enterría se ha mostrado escéptico, sobre la compatibilidad del Derecho Administrativo norteamericano y el europeo continental. Así, ha afirmado que *“se comprende que esas novedades recientes y un tanto inesperadas del Derecho Administrativo norteamericano puedan resultar de escasa utilidad para los países europeos, y por tanto para España, donde tenemos una Administración y un Derecho completamente diferentes, con una tradición que en este*

---

<sup>1</sup> Ver García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid: Civitas, 4ta ed., 1998, p. 204.

*momento tiene casi dos siglos y que está completamente asentada.”<sup>2</sup> Igualmente afirma que, “por otra parte, esa tradición y sus líneas propias de desarrollo resulta que han sido elevadas de rango de manera explícita por las Constituciones de este siglo, en nuestros respectivos países (Italia, Alemania, Francia, Portugal, España, sin contar por ahora las que están surgiendo de las ruinas del comunismo), lo que ha prestado a la concepción europea del Derecho Administrativo un fundamento, una solidez y un fulgor de los que resultaría locura intentar prescindir, aunque en todo caso ello requeriría siempre una revisión constitucional previa”.<sup>3</sup>*

A pesar de esto, y sin la intención de importarlos directamente al régimen jurídico español, sí se ha reconocido, por autores como Luciano Parejo y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es posible la utilización de ciertos tipos de conceptos jurídicos administrativos del Derecho norteamericano; y, entre ellos se encuentra la deferencia. Al mismo tiempo, es importante recordar que elementos e instituciones básicas del constitucionalismo moderno son provenientes de los desarrollos jurídicos de los Estados Unidos de América; *Marbury v. Madison* corrobora este aspecto.<sup>4</sup>

El estudio de la deferencia sirve de base para entender, posteriormente, y en detalle, el papel de la discrecionalidad técnica y de cómo debe de manejarse su control judicial; dado el cuestionamiento sobre si debe o no controlarse judicialmente la discrecionalidad técnica, este es un elemento importante a determinar.

---

<sup>2</sup> *Ibídem.*

<sup>3</sup> *Ibídem.*

<sup>4</sup> 5 U.S. 137

Específicamente, una vez que se haya introducido el concepto de la deferencia, puede comprenderse de mejor forma cómo puede éste influenciar el control judicial de la discrecionalidad técnica. Una vez que se haya logrado determinar dicha relación, es posible entender el número de problemas jurídicos que surgen, tanto de la aplicación de la deferencia, como del control judicial de la discrecionalidad técnica. Al mismo tiempo, se podrá llegar a analizar las consecuencias más directas que puede tener la aplicación desproporcionada de una deferencia excesiva o de un control judicial muy riguroso. Por lo tanto, es necesario introducir la noción jurídica de deferencia para luego entender los problemas que conlleva el control judicial de la discrecionalidad técnica; una vez que se reconozcan estos, se podrá entender qué significan y qué papel juegan a nivel macro jurídico y en el gran esquema y organigrama institucional de cualquier Estado de Derecho.

**I. LA DEFERENCIA Y SU INFLUENCIA EN EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

Sumario: I. La Deferencia y su influencia en el control judicial de las Administraciones Públicas. 1. El derecho administrativo norteamericano. A. Criterios para determinar el control judicial de la discrecionalidad administrativa en los Estados Unidos de América: Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe. B. La doctrina Chevron y la deferencia a favor de las agencias administrativas. C. Los otros tipos o grados de deferencia. D. La deferencia y su relación con otros elementos del Derecho Administrativo Continental. 2. El problema del control judicial de la discrecionalidad técnica. A. La discrecionalidad técnica. B. Lo técnico, y aquellos elementos ajenos a la experiencia común que informan a la discrecionalidad administrativa. C. El papel de la motivación en la discrecionalidad técnica. D. El control judicial de la discrecionalidad técnica. E. La aplicación del concepto de Deferencia en el ámbito español. F. La posible relación entre los posibles rasgos característicos de la deferencia y el control judicial de la discrecionalidad técnica. G. Los rasgos distintivos de la deferencia reconocidos pueden permitir o facilitar el control judicial de la discrecionalidad técnica. H. La presencia de rasgos distintivos de la deferencia en las Administraciones Públicas. I. Los límites del realce a favor de las Administraciones Públicas. J. La posibilidad de que existan distintos grados de aplicación del realce a favor de las Administraciones Públicas. K. Recapitulación: El concepto elaborado en base a los elementos distintivos de la deferencia puede permitir o facilitar a definir el control judicial de la discrecionalidad técnica. L. Las consecuencias prácticas de la utilización del concepto en cuestión como elemento que puede definir el control judicial de la discrecionalidad técnica. M. Consecuencias prácticas del realce en los concursos, oposiciones, exámenes académicos y juicios de idoneidad. N. Posibles consecuencias de orden práctico y económico. O. La utilización de la prueba pericial es válida en el control judicial de la discrecionalidad técnica. P. La aplicación correcta de conceptos jurídicos propios del Derecho Administrativo.

El derecho administrativo norteamericano contiene una importante cantidad de elementos y aspectos técnicos de enorme relevancia. Concretamente, la práctica del Derecho Administrativo en los Estados Unidos de América, en un gran número de ocasiones, debe lidiar con problemas muy similares a los que se hacen presentes en España, y en otros ordenamientos jurídicos de similar modelo. En este sentido, lo referente a la discrecionalidad administrativa, la definición del control judicial de las Administraciones Públicas y la validez de la sustitución del Poder Judicial a las valoraciones hechas por éstas, son objeto de constantes debates doctrinarios, desarrollos jurisprudenciales y estudios académicos. Sin embargo, a pesar de los importantes elementos que aporta el Derecho Administrativo norteamericano, la aplicación de los distintos criterios que ofrece no ha sido una práctica corriente en España, y podría decirse que, en Europa, en general.<sup>5</sup> Indudablemente, la diferencia en los sistemas jurídicos, las estructuras de estos, así como su funcionamiento, contribuyen a que se analicen otros ordenamientos europeos, antes que el norteamericano.

A pesar de ello, y como se ha notado en las áreas referentes a la interpretación jurídica<sup>6</sup>, los juristas norteamericanos, así como sus filósofos, tienen teorías y construcciones científicas y doctrinarias de enorme relevancia y tecnificación. De esta forma, resulta lógico y consecuente, proceder a realizar estudios pormenorizados a las distintas construcciones científicas que ofrece el derecho administrativo

---

<sup>5</sup> García de Enterría ha llegado a considerar que es inútil. Ver García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid: Civitas, 4ta ed., 1998, p. 204.

<sup>6</sup> La labor de Ronald Dworkin ha sido ampliamente reconocida en Europa.

norteamericano, y determinar cómo puede influenciar muchos de los problemas jurídicos que enfrentan la gran mayoría de los sistemas.

Claramente, no se busca una implementación directa a un Ordenamiento Jurídico específico, lo cual es sumamente dificultoso y posiblemente, no realizable, por incompatibilidad de los sistemas en juego. Pero, al menos podrían utilizarse los conceptos relevantes e intentar determinar una aplicación adecuada en el ámbito español o europeo. Sin duda alguna, es importante explorar si podrían utilizarse construcciones jurídicas adecuadas que permitiesen dar solución a diversos problemas de orden jurídico que se plantean en España o Europa.

En primer término, es necesario destacar que resulta evidente que las construcciones jurídicas del Derecho Administrativo norteamericano varían considerablemente de las europeas. Sin embargo, es importante indicar que, a pesar de las distintas construcciones jurídicas, los instrumentos y elementos componedores resultan ser muy similares o, casi podría decirse, idénticos.

En otras palabras, a pesar de las distintas formas de operar del Derecho en los Estados Unidos de América y en muchos de los países en Europa, las bases jurídicas, los intereses tutelados y los instrumentos jurídicos que se utilizarán para la definición del ordenamiento jurídico, serán comunes; basta recordar cómo el control constitucional moderno tiene sus bases en los Estados Unidos de América, con *Marbury v. Madison*.<sup>7</sup> Las similitudes pueden desprenderse del hecho de que, tanto los sistemas europeos

---

<sup>7</sup> 5 U.S. 137

como el norteamericano, se sustentan sobre la base de una Constitución Política, la preeminencia del Parlamento y una división de Poderes para evitar la concentración de facultades políticas y de control en una misma persona u órgano.

Así, puede notarse la compatibilidad de estos sistemas jurídicos que buscan el fortalecimiento de valores democráticos y de la tutela de los derechos de los particulares. Por ende, puede considerarse válido llevar a cabo un análisis de elementos jurídicos importantes, presentes en el control judicial de las Administraciones Públicas, y cómo pueden influenciar estos otros sistemas jurídicos. De esta forma, se podrá estudiar las soluciones que se le han brindado a este control, y cómo podrían utilizarse dichos criterios en el ámbito español, europeo y latinoamericano.

Nuevamente, es necesario enfatizarlo, no se buscaría una aplicación directa de dichos elementos en un ámbito concreto; más bien, estudiar cómo una serie de soluciones del ámbito norteamericano podrían construirse o desarrollarse, en relación a la Constitución Española, y a otros ordenamientos jurídicos en general. Precisamente, dado que son los mismos fundamentos los que sostienen ambos sistemas jurídicos, la compatibilidad de los mismos, obviamente respondiendo a las particularidades de cada ordenamiento, debe de considerarse válida.



1. El derecho administrativo norteamericano.<sup>8</sup>

El Derecho Administrativo norteamericano es considerado por la doctrina en los Estados Unidos de América como el derecho de las agencias; las agencias hacen referencia a las distintas entidades administrativas, con plena capacidad jurídica que ejecutan y ponen en práctica las políticas específicas del Estado. Esta afirmación se hace, ya que son éstas, concretamente, las que llevan a cabo el funcionamiento administrativo y tienen a cargo la regulación en las distintas áreas económicas, sociales y administrativas. Por lo tanto, el Derecho Administrativo norteamericano estudia los principios jurídicos comunes a todas las agencias, incluyendo el control judicial, el papel del Poder Judicial, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.<sup>9</sup> Sin embargo, el Derecho

---

<sup>8</sup> Una obra bastante completa en relación a este tema es Moreno Molina, Ángel Manuel. *La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 356. Asimismo, las siguientes referencias conceden una visión integral del Derecho Administrativo Norteamericano: Asimow, Michael; Bonfield, Arthur Earl; Levin, Ronald M. . *State and Federal Administrative Law*. West Group: St. Paul, Minn, 2<sup>nd</sup> Ed., 1998, 791 p. ; García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Civitas, 4ta ed., 1998, 340 p.; Gellhorn, Ernest; Levin, Ronald M.. *Administrative Law and Process: In a Nutshell*. West, St. Paul, 1997, 459 p. ; Scalia, Antonin, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989, DUKE L.J. 511, 513-17, 520-21. en. *Administrative Law Anthology: Edited with Comments by Thomas O. Sargentich*. Anderson, 1994, 451 p. ; Raskin, Jamin B. *Overruling Democracy: The Supreme Court Versus The American People*. Routledge: New York, New York, 2004. 312 p.; Sargentich, Thomas O. *Ed. Administrative Law Anthology: Edited with Comments by Thomas O. Sargentich*. Anderson, 1994, 451 p. ; Funk, William F., et al. *Selected Federal and State Administrative and Regulatory Laws*. West, St. Paul, Minnesota, 2002, 447 p.; Franklin Marc, A., et al. *Mass Media Law: Cases and Materials*. Foundation Press, New York, New York, 2000, 787 p.; Sisk, Gregory C. *Litigation with the Federal Government*. Foundation Press, New York, New York, 2000, 971 p.; Jeffries, Jr., John C. et al. *Civil Rights Actions: Enforcing the Constitution*. Foundation Press, 2000, 897 p.; Tiefer, Charles; Shook, William A.. *Government Contract Law*. Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1999, 565 p.; Abernathy, Charles F. *Law in the United States: Cases and Materials*. International Law Institute, Washington, D.C., 1995, 804 p.; Breger, Marshall J., y, Edles, Gary. *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*. 52 Admin. L. Rev. 1111 (2000).

<sup>9</sup> Asimow, Michael; Bonfield, Arthur Earl; Levin, Ronald M. . *State and Federal Administrative Law*. West Group: St. Paul, Minn, 2<sup>nd</sup> Ed., 1998, p. 1-2

Administrativo no estudia los elementos sustantivos que estudian las agencias; dichos aspectos son contempladas por la rama correspondiente del Derecho al que se alude.<sup>10</sup>

El término agencia se encuentra definido por el *Administrative Procedure Act*, U.S.C. 5 § 551 (1); dicha Ley viene a ser similar a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el sentido de que sienta el marco normativo del Derecho Administrativo. En este sentido, se define como *cada autoridad del Gobierno de los Estados Unidos de América, esté o no bajo o sujeta al control de otra agencia, pero no incluye (A) el Congreso; (B) los tribunales de los Estados Unidos; (C) los gobiernos de los territorios o las posesiones de los Estados Unidos; (D) el gobierno del Distrito de Columbia*). Una agencia, por ende, tendrá una serie de características propias, aunque también similitudes con otras estructuras organizativas del Derecho Administrativo continental.

Por ejemplo, tiene similitudes con un órgano administrativo, pero con personalidad jurídica plena, tiene una enorme cantidad de atribuciones importantes, y además de eso, se especializa en la materia bajo su competencia; son verdaderos expertos en las mismas, por lo que sus opiniones tienen un enorme peso a la hora de ser valoradas. Dichas características asemejan con los denominadas órganos persona del Derecho Administrativo costarricense, que pueden definirse como órganos con personalidad jurídica instrumental; en otras palabras, tienen personalidad jurídica presupuestaria.

---

<sup>10</sup> Ibídem.

En igual sentido, también guardan una clara similitud con las agencias estatales y los órganos administrativos que la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), Ley 6 de 1997, de 14 de abril, reconoce. Tal y como quedan definidas por medio de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos, éstas son *“entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. Las Agencias Estatales están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados.”* En la misma línea, el artículo 5 de la LOFAGE, establece que *“tendrán la consideración de órganos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.”*

Adicionalmente, el régimen de independencia guarda cierta similitud con la naturaleza otorgada a la Agencia Española de Protección de Datos y al denominado régimen de administraciones independientes; dicho régimen parte del concepto de agencia independiente, establecido en los Estados Unidos de América.<sup>11</sup> En España, los

---

<sup>11</sup> Breger, Marshall J., y, Edles, Gary. *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*. 52 Admin. L. Rev. 1111 (2000).

reconoce, la LOFAGE en su Disposición Adicional Décima; y, a título de ejemplo, baste citar a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que define a la Agencia Española de Protección de Datos, como *“un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones.”* Como bien lo distingue de la Serna Bilbao, *“tanto la Ley como el Estatuto configuran la Agencia como un ente de Derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Actúa con plena independencia de las Administraciones públicas y se relaciona con el Gobierno por el Ministerio de Justicia. De la configuración expuesta se incluye a la Agencia dentro de la clasificación de Administración Independiente”*.<sup>12</sup>

Adicionalmente, señala de la Serna Bilbao que *“las características de los entes independientes de supervisión como la Agencia de Protección de Datos, son, de acuerdo BETANCOR RODRÍGUEZ, su adecuación a los principios de independencia y de neutralidad. En el primer caso se trata de la independencia del Gobierno y en el segundo*

---

<sup>12</sup> De la Serna Bilbao, María Nieves. La Agencia de Protección de Datos española: con especial referencia a su característica independiente. *En. Revista de Informática para Juristas. Actualidad Informática Aranzadi*. No. 22, Enero de 1997, p. 13. La autora, asimismo, reseña que PAREJO ALFONSO ha señalado que se desarrollan las Administraciones independientes *“para y en sectores clave de la vida social, caracterizados por un fuerte dinamismo, una rápida evolución y una apreciable complejidad, además de ser- en la mayoría de los casos- sede del ejercicio de derechos y libertades constitucionalmente reconocidos: la comunicación, la información... etc.”* (p. 13). Ver Parejo Alfonso, Luciano; *“La potestad normativa de las llamadas Administraciones independientes; apuntes para un estudio del fenómeno”*; en. *Administración Instrumental, Libro homenaje al Profesor Clavero Arévalo*. Madrid: Civitas, 1994, págs.. 635 y ss y Betancor Rodríguez. *Las Administraciones independientes. Un reto para el Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos, 1994, págs.. 175 y ss.

*la neutralidad política en su gestión”.*<sup>13</sup> En este sentido, se destacan dos características propias de las Administraciones independientes: *“los miembros de sus órganos colegiados de Gobierno y de Administración no pueden ser removidos discrecionalmente ni recibir órdenes o instrucciones del Gobierno”,* y, que son entes de supervisión de sectores.<sup>14</sup>

Sin embargo, es importante aclarar que la agencia debería de ser estudiada como un concepto propiamente norteamericano; en otras palabras, intentar equipararlo a los conceptos eminentemente continentales podrían dificultar su estudio y afectar su comprensión. La organización administrativa de los Estados Unidos de América no se puede asemejar a la europea continental. Específicamente, ésta no parte de un conjunto de órganos y entes organizados en forma sistemática para cumplir con unas órdenes dictadas por el Poder Ejecutivo.

Claro está, la atribución jurídica más importante que posee cualquier agencia es, precisamente, su facultad de establecer reglas administrativas, sobre cualquier materia bajo su competencia, con rango de ley<sup>15</sup>; en virtud de la atribución jurídica que le reconoce una Ley por medio de la figura de la delegación.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> *Ibídem.*

<sup>14</sup> *Ibídem.*

<sup>15</sup> 5 U.S.C. § 553.

<sup>16</sup> Dicho fenómeno jurídico es denominado la doctrina de la delegación. Ver, en este sentido, *Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892) y *United States v. Grimaud*, 220 U.S. 506 (1911).

Concretamente, las agencias administrativas en el Derecho Administrativo norteamericano son consideradas como unidades del gobierno distintas a la rama legislativa y judicial.<sup>17</sup> Dentro de su competencia, éstas se encuentran facultadas para afectar derechos y obligaciones de individuos o entidades ajenas al gobierno<sup>18</sup>. Asimismo, las agencias administran o ejecutan leyes asignadas por la rama legislativa<sup>19</sup>. Las agencias están a cargo de uno o varios funcionarios y tienen diversas denominaciones; pueden llamarse departamentos, comisiones, agencia, etc..<sup>20</sup>. La mayoría de estas agencias forman parte del Poder Ejecutivo, pero hay otras que se denominan independientes<sup>21</sup>. Las agencias pueden ser regulatorias, o sea, ejecutan una serie de mandatos legislativos, o, benefactoras, encargándose de la distribución de beneficios; y, dependiendo del tipo de agencia, tendrá a su cargo más atribuciones y competencias de índole jurídico<sup>22</sup>.

Básicamente, la Ley, o Estatuto legislativo como se las denomina en los Estados Unidos de América, de forma general atribuye a la agencia a que desarrolle un aspecto o elemento específico. Claro está, dicha delegación<sup>23</sup> puede ser más o menos precisa, según la ley, y, adicionalmente, las reglas establecidas por la agencia no podrán

---

<sup>17</sup> Asimow, Michael; Bonfield, Arthur Earl; Levin, Ronald M. . *State and Federal...*, p.1.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> En este sentido, véase, García-Trevijano Fos, José Antonio. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Madrid: Selecciones Gráficas, 3ª Ed., 1973, p. 285.

excederse irrazonablemente, o ir en contra de la norma que les da su competencia.<sup>24</sup> Igualmente, en el momento en que se propongan al público en general, las reglas que se emitan no podrán diferenciarse de las propuestas, a menos de que el producto final sea una consecuencia lógica de las primeras.<sup>25</sup> Asimismo, unido a esta facultad de establecer reglas con carácter de ley, la agencia tiene su segunda y vital facultad, denominada adjudicación, o, lo que es lo mismo, analizar una situación específica para darle una resolución conforme a Derecho.<sup>26</sup> De esta forma, la adjudicación consiste en resolver un caso concreto, mientras que la facultad de emitir reglas implica una norma de carácter general, y no para una situación particular.<sup>27</sup>

Por lo tanto, como puede desprenderse de lo anterior, la agencia es una base central y de suma importancia en el ámbito jurídico administrativo norteamericano. Como consecuencia de ello, las reglas que dictan, considerando que tienen carácter de ley, tienen consecuencias importantes a nivel económico y social. Y, por esa misma razón, su control y revisión judicial presenta una serie de complicaciones importantes. En este sentido, deben de tomarse en cuenta los límites que posee el Poder Judicial, qué extensión debe de tener la revisión judicial, si es válido que se sustituyan las actuaciones, tanto en adjudicaciones como en su calidad legislativa, de las agencias y qué relación guardan éstas con la delegación que lleva a cabo el Congreso.

---

<sup>24</sup> *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837

<sup>25</sup> *Refiner Lead Phase-Down Task Force v. EPA*, 705 F.2d 506, 546-47 (D.C.Cir.1983)

<sup>26</sup> 5 U.S.C. § 554.

<sup>27</sup> Ver, en este sentido, *Londoner v. Denver* 210 U.S. 373 (1908) y *Bi-Metallic Inv. Co. v. State Bd. Of Equalization* 239 U.S. 441 (1915).

Sin duda alguna, estos son problemas complicados que podrían presentar una variedad de respuestas posibles. Específicamente, antes de 1984, los operadores jurídicos cuestionaban si el órgano judicial podía o debía, y en qué grados, dar deferencia a las determinaciones llevadas a cabo por la agencia a la hora de interpretar su competencia delegada por un estatuto (ley) concreto; esto es, si estaba justificado y facultado un órgano judicial para controlar y alterar las conclusiones y valoraciones hechas por una agencia considerada jurídicamente una experta en las áreas que bajo su competencia tiene atribuidas.

La cuestión antes señalada quedó zanjada por medio de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, vinculantes *erga omnes*, *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.*<sup>28</sup>(1984) y *U.S. vs. Mead Corp.*<sup>29</sup> (2001). Adicionalmente, se puede también citar, al considerarse un refuerzo importante de estos elementos en *Winter vs. Natural Resources Defense Council*<sup>30</sup> (2008). Todas estas sentencias han proporcionado mundo público los criterios necesarios para determinar el grado de deferencia que se le debe otorgar a las valoraciones y conclusiones, que tomarán forma de reglas, de las agencias.

Sin embargo, los criterios establecidos en esas sentencias, deben armonizarse con el enfoque que debe de tener todo Juez en el momento de controlar a las agencias y

---

<sup>28</sup> 467 U.S. 837

<sup>29</sup> 533 U. S. (2001)

<sup>30</sup> No. 07-1239



a sus criterios; enfoque que fue definido por el reconocido caso de *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe* resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1971.

*A. Criterios para determinar el control judicial de la discrecionalidad administrativa en los Estados Unidos de América: Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe.*

La definición del control judicial de la discrecionalidad administrativa ha encontrado su mayor precisión en los Estados Unidos de América en el caso de *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*<sup>31</sup>, posiblemente, la sentencia más citada de la Corte Suprema de dicho país en este tema. En concreto, este caso estaba relacionado con la construcción de una carretera en el Estado de Tennessee, y sobre el trazado que debía tener. En este sentido, debía determinarse si la decisión de que dicha carretera atravesara un parque urbano, era la adecuada, y si, conforme a los criterios de la discrecionalidad administrativa, era legítima la justificación que fundamentaba la misma.

Recordemos que la construcción de autopistas en los Estados Unidos de América alcanzó un desarrollo importante durante los años 50 y 60. La planificación del trazado de las autopistas se facilitaba muchas veces haciendo que éstas atravesaran o utilizaran los parques públicos porque, en parte, disminuía los costos de su ejecución considerablemente, al no existir la necesidad de expropiar, por tratarse de bienes

---

<sup>31</sup> 401 U.S. 402

públicos. Sin embargo, cuando entra en vigencia la sección 4 (f) de la Ley del Departamento de Transporte de 1966, la situación cambió. En efecto, dicho artículo vino a establecer que el gobierno debía demostrar que no existían otras alternativas apropiadas y prudentes (*feasible and prudent*) para construir, salvo que se atravesaran los terrenos públicos. De esta forma, las normas en cuestión, la sección 4 (f) de la Ley del Departamento de Transporte de 1966 y 138 de la Ley de Ayuda Federal a Autopistas, establecían que el Secretario de Transporte no estaba facultado para autorizar el uso de fondos federales para el financiamiento de la construcción de autopistas a través de parques públicos si existía una ruta alternativa apropiada.<sup>32</sup> De no encontrarse un trazado alternativo, debía de realizarse el mayor esfuerzo para minimizar el daño al parque por el cual fuese a circular la autopista. El término parque público es utilizado en forma genérica.

En el caso que se analiza, el Secretario de Transporte Público de los Estados Unidos autorizó la construcción de una carretera sobre el Parque de Overton en Memphis. Dicha autorización se fundamentó en las recomendaciones que fueron realizadas por los funcionarios locales. Los ciudadanos de la comunidad impugnaron dicho acuerdo al considerar que las normas aprobadas en 1966, y que se señalaron anteriormente, no habían sido cumplidas o no se respetaban. Como argumento

---

<sup>32</sup> El resumen del presente caso se basa en la sentencia citada, *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402

principal, procedieron a indicar que la decisión del Secretario de Transporte carecía de una fundamentación adecuada, por cuanto no existía una lista de hechos probados.

La Corte Suprema, en la sentencia de Overton Park, procedió a determinar que, en dicho caso, establecer hechos probados no era necesario. Asimismo, procedió a analizar que ese caso estaba plenamente sometido al control judicial, ya que no existía una Ley que lo excluyese y no era una situación en el cual la excepción de estar sometida la cuestión al ámbito discrecional, por inexistencia de una Ley que aplicar, estuviese presente; claramente, la legislación era clara y el Secretario de Transporte tenía noción de la misma. En otras palabras, el ámbito discrecional había quedado precisamente delimitado por las normas y el Secretario de Transporte debía de someterse a lo establecido por ellas.

Adicionalmente, la Corte estableció en su fallo el criterio por el cual se puede determinar la conformidad a Derecho o no de la decisión administrativa tomada por el Secretario. Por ende, debía de tomarse en consideración el Acto de Procedimiento Administrativo<sup>33</sup>, la cual es similar a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española, en cuya sección 706, se estipulan los criterios en cuestión. En primer lugar, serían contrarios a Derecho, todos aquellos actos que fuesen arbitrarios, caprichosos, en los que exista un abuso de discrecionalidad o los que no estuviesen de conformidad con la Ley. De igual manera, también lo serían, si el acto no se ajustó a medidas normativas de carácter legal,

---

<sup>33</sup> Dicha Ley es el equivalente a una Ley de Procedimiento Administrativo.

procedimental o constitucional. Por otra parte, si no existía evidencia sustancial para justificar el acto, también será éste considerado contrario a Derecho. Y por último, si el acto no se ajusta al marco fáctico, debería de realizarse un control judicial *de novo*.

Basado en la presunción de regularidad que tiene la decisión del Secretario, no había prueba, con base en los criterios indicados, que la misma fuese contraria a Derecho. Claro está, dicha presunción no implica, según la Corte, que un análisis más profundo no pudiese llevarse a cabo. Por lo tanto, cabía determinar si el Secretario actuó bajo el margen de competencia concedido por la Ley. Tomando en consideración lo establecido por la legislación citada anteriormente, la Corte concluyó que la competencia para la fijación de rutas de las autopistas existía y estaba precisamente determinada; claro está, debía aplicarse de conformidad con la sección 4 (f) de la Ley. Asimismo, en relación sobre si la decisión era arbitraria o no, la Corte concluyó de forma categórica, que cualquier análisis no puede alejarse del hecho de que los Jueces no pueden sustituir la decisión del Secretario de Transporte por una suya.

Por último, el hecho de que no existiesen hechos probados no justificaba, o implicaba, necesariamente, que debía considerarse contraria a Derecho la decisión del Secretario. Como bien señala la Corte, en ningún sitio la Ley exige que los mismos se establezcan, por lo que la omisión de estos no justifica la declaración de la decisión como contraria a Derecho. A pesar de ello, se revocó la decisión del Secretario, y como consecuencia, el trazado de la autopista, remitiéndose a la Corte de Distrito para que analizara el expediente completo, pues a la hora de estudiarlo lo hizo únicamente a

través de declaraciones juradas, las cuales no reflejaban en completo la justificación de la decisión. Por lo tanto, ésta debía de proceder a analizar en su totalidad la decisión del Secretario, tomando en cuenta los cambios que pudiesen haber ocurrido en la legislación vigente y en el tiempo que hubiese transcurrido. Precisamente por todo esto, esta sentencia ha llegado a ser reconocida como la del *hard look*, o análisis profundo, ya que se exige un estudio riguroso por parte del Juez. Claramente, a pesar de existir, formalmente, una decisión por parte del Secretario de Transportes, que se ajustaba a Derecho, la Corte, después de un análisis exhaustivo, concluyó que no cumplía con la sección 4 (f) de la Ley citada anteriormente.

Como puede comprenderse, la decisión de la Corte en el caso de Overton Park fue sumamente importante en el ámbito norteamericano, pues definió el enfoque y el método de análisis que debe realizar cualquier Juez al controlar una decisión discrecional administrativa. Específicamente, señala cómo debe el Juez y bajo qué criterios, puede determinar si un acto administrativo es contrario a Derecho o no. A partir de allí, la aplicación de la deferencia se debe de realizar conjuntamente con dichas aseveraciones. Así, una vez que se ha logrado introducir la importancia que pueden tener conceptos del Derecho Administrativo norteamericano, y de cómo se analiza el control discrecional a nivel judicial en dicho país, procede analizar a fondo la deferencia del Poder Judicial a favor de las agencias administrativas.

*B. La doctrina Chevron y la deferencia a favor de las agencias administrativas.*

Como se ha señalado anteriormente, uno de los principales problemas que se venía tratando en el derecho administrativo norteamericano era sobre la validez y la forma de controlar, por parte de un órgano judicial, de los criterios, valoraciones y conclusiones a las que llegaba una agencia federal a la hora de interpretar su competencia y atribuciones jurídicas<sup>34</sup>. La competencia en cuestión sería la que luego le facultaría para ejecutar los actos que considerara correspondientes, o que una ley le estableciera como obligación, para cumplir con las atribuciones establecidas a su favor. De esta forma, el problema deriva del mandato legislativo, claro, preciso, o ambiguo, producto de una ley aprobada por el Congreso.

Claramente, un control estricto de los Tribunales vendría no solamente a imponer un criterio judicial sobre uno administrativo, sino que además, podría incluso sobreponerse sobre la voluntad del órgano legislativo. Esta posible situación jurídica generó serias dudas de orden constitucional. Por un lado, presentó de por sí importantes cuestionamientos constitucionales el que un órgano judicial sustituyera los criterios técnicos valorativos de una agencia administrativa, que, en principio es la llamada a concretar la estipulación o criterio.

---

<sup>34</sup> Murphy, Richard W. A "New "Counter-Marbury: Reconciling *Skidmore* Deference and Agency Interpretive Freedom. En: *Administrative Law Review*, 56:1, 2004, p. 13.

Al mismo tiempo, el que sea el Poder Judicial, sin legitimación democrática, el que pretenda sobreponerse sobre un mandato legislativo resultó todavía más serio; se estaría ante un claro ejemplo de activismo judicial. Sin embargo, tampoco puede ignorarse el hecho de que, en efecto, puedan darse abusos por parte de las agencias federales en su capacidad administrativa, y, en consecuencia, corresponde a los órganos judiciales de velar por el control de legalidad de la actuación de éstas. Indudablemente, se está en presencia de un elemento clave dentro del sistema de pesos y contrapesos norteamericano.

Fue la Corte Suprema de los Estados Unidos de América la que dio un importante paso al aclarar esta situación. En concreto, en el año 1984, al resolver el caso *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.*<sup>35</sup> Antes de la resolución del caso *Chevron*, los distintos órganos judiciales, al momento de interpretar leyes relacionadas con las competencias y atribuciones de las agencias federales, utilizaban criterios diversos. Por ende, el órgano judicial llamado a realizar el citado control, y a determinar qué valor debía de dársele a los análisis y criterios interpretativos hechos por la agencia, analizaba la historia de la norma y el texto de la misma, entre otros factores de índole general.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> 467 U.S. 837

<sup>36</sup> *Skidmore v. Swift & Co* 323 U. S. 134 (1944).

Asimismo, existían otros precedentes judiciales, como *Skidmore v. Swift & Co.*<sup>37</sup>, que contenía la opinión del distinguido Juez de la Corte Suprema Jackson durante los años cuarenta, y en donde se recogió que los distintos criterios administrativos elaborados por las agencias, merecían un cierto respeto al momento de su control. Como consecuencia de ello, a la hora de determinar la validez o no de la valoración de la agencia, se consideraban una serie de factores, entre los que se destacaba el nivel de persuasión. En otras palabras, si el tipo de justificación o fundamentación de la valoración de la agencia se ajustaba a la lógica, a elementos técnicos y a la legislación vigente, en un mayor o menor grado, ésta sería válida.

La cuestión central en el caso *Chevron*<sup>38</sup> devenía de una regulación del *Environmental Protection Agency* (Agencia de Protección Ambiental, o, en adelante, EPA) sobre fuentes estacionarias de polución.<sup>39</sup> En este sentido, la disputa se centró sobre las enmiendas hechas al *Clean Air Act* (Legislación sobre la Pureza del Aire) de 1977<sup>40</sup>; enmiendas que establecían una serie de requisitos para aquellos Estados que no se habían ajustado a los parámetros de calidad del aire que se habían establecido por la EPA. Entre los requisitos establecidos, cabe destacar el que se refería a la exigencia de contar con un permiso para la modificación o el establecimiento de nuevas fuentes

---

<sup>37</sup> 323 U. S. 134 (1944)

<sup>38</sup> Las siguientes referencias al caso *Chevron* son todas hechas con base a la sentencia elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, a menos de que se haga una salvedad expresa.

<sup>39</sup> *Stationary source of pollution*.

<sup>40</sup> Pub. L. 95-95, 91 Stat. 685



estacionarias de polución, para aquellos Estados que no estaban cumpliendo con los parámetros de pureza del aire.

Consecuentemente, las reglas impuestas por la EPA en 1981, al comienzo de la Administración Reagan, definieron a las fuentes estacionarias de polución de forma genérica; esto permitió que una planta pudiese tener varias fuentes de polución, siempre y cuando se ajustara al parámetro total de contaminación del aire; se utilizó lo que se denominó en su momento un concepto burbuja. Por lo tanto, como puede desprenderse, la medida resultaba favorable para las empresas a cargo de dichas plantas, pues los controles serían menores, en razón de ser considerados únicamente una fuente y no varias; esto a pesar de que las formas de contaminación podían ser distintas y de diversas formas.

Como consecuencia directa de dicha regulación, el *Natural Resources Defense Council* (Concejo para la Defensa de los Recursos Naturales), una organización no gubernamental, así como otro número de demandantes, presentaron la acción judicial correspondiente, alegando que dicha aplicación del concepto de fuente estacionaria de polución era ajena al espíritu e intención de la ley; en su opinión, la intención del legislador era, concretamente, la reducción de la contaminación del aire. Por ende, se presentaba la posibilidad de que un órgano judicial alterara o modificara las valoraciones hechas, como criterio técnico, por la EPA; aunque pudiese ser cuestionable su política en ciertos ámbitos, era el criterio que la agencia había concluido resultaba como el más apropiado.

Ante estos hechos, la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, concluyó que las reglas establecidas por la EPA, se alejaban del espíritu e intención de las enmiendas realizadas en 1977, y que, por lo tanto, no correspondía su aplicación<sup>41</sup>; esto en razón de que, ni el estatuto ni la historia legislativa, daban una clara definición de una fuente estacionaria de polución, por lo que había que encontrar la solución en la finalidad perseguida por la norma. La revisión del caso fue aceptada, y por ende, la Corte Suprema debía determinar si cabía imponer el criterio judicial a uno técnico de una agencia especializada.

El primer aspecto de relevancia tratado fue que, como ya se indicó, tanto el estatuto así como la historia legislativa, no definían ni daban a entender qué debía de entenderse como fuente estacionaria de polución. Para resolver esta cuestión, el máximo órgano judicial de los Estados Unidos de América, procedió a la instauración de un examen técnico jurídico para determinar si la interpretación era válida y cómo se desarrollaría el control judicial.

A tal efecto, estableció que debían de hacerse dos preguntas que deben de realizarse a la hora de determinar si una agencia está haciendo una interpretación apropiada de una ley con competencias a su favor<sup>42</sup>. El primer elemento del examen se refiere a la ley, de donde se desprende la competencia de la agencia. De esta forma, si

---

<sup>41</sup> National Resources Defense Council, Inc. v. Gorsuch, 222 U.S. App. D.C. 268, 685 F.2d 718 (1982).

<sup>42</sup> Ken Starr, fiscal especial para el juicio político del expresidente norteamericano William Jefferson Clinton, ha denominado dicho análisis como el de los “dos pasos” o “two step”. Coverdale, John F. *Chevron’s Reduced Domain: Judicial Review of Treasury Regulations alter Mead*. En: *Administrative Law Review*, 55:1, 2003, p. 42, citando a Kenneth W. Star, *Judicial Review in the Post-Chevron Era*, 3 YALE J. ON REG. 283, 287-88 (1986).

la ley es clara y precisa en sus estipulaciones, la agencia y el órgano judicial competente deben de ajustarse al mismo. Por lo tanto, si el Congreso define los aspectos técnicos y las valoraciones aplicables a la implementación del mismo, no cabe cuestionamiento alguno por parte del órgano judicial y de la agencia quién debe, también, someterse a la norma que le da su competencia. En este caso, el control judicial consistiría en asegurarse de que la agencia está cumpliendo con los términos de la ley según la definición del Congreso. En otras palabras, la intención del legislador debe de ser clara. De esta forma, la cuestión quedaría completamente resuelta si la ley es clara y precisa y determina cada uno de los elementos que requieren su aplicación.

Sin embargo, si la ley no resuelve la cuestión, el órgano judicial no puede, simplemente, ignorar el control que constitucionalmente le corresponde. Al mismo tiempo, no puede imponer su propia interpretación sobre el vacío legislativo, lo cual, según la Corte, el órgano judicial sí podría hacer una valoración, si la agencia no hubiese realizado ninguna.

Sin embargo, la Corte Suprema determinó que el órgano judicial, de concluirse que la ley no es clara ni precisa, puede entrar a verificar si la interpretación de la agencia es o no razonable. La determinación de la razonabilidad implica analizar si se da una interpretación de la ley que sea permisible, o, lo que es lo mismo, válida, de acuerdo con lo que se ha venido señalando. Para desarrollar el concepto razonabilidad, la Corte hace

referencia al caso *Morton vs. Ruiz*<sup>43</sup>, en donde se indicó que la competencia administrativa de una agencia consiste, primordialmente, en formular políticas y reglas para llenar cualquier vacío dejado implícita o explícitamente por el Congreso.

Por lo tanto, si el Congreso fue explícito al dejar un vacío en el estatuto, éste debería de considerarse como una delegación expresa para regular el mismo. Dada la delegación, dicha regulación tendrá un peso mayor en su aplicación, a menos de que sea arbitraria, caprichosa o contraria al estatuto; dicho criterio viene establecido en el *Administrative Procedure Act*<sup>44</sup> (Ley de Procedimiento Administrativo) y fue el señalado en el caso *Morton*. Igualmente, en los casos en que la delegación sea implícita, el órgano judicial no puede imponer su propia interpretación de la ley, si la valoración de la agencia es razonable. Dicho criterio reforzaba las opiniones anteriores de la Corte, en donde se había acordado otorgar deferencia hacia las interpretaciones administrativas.<sup>45</sup>

Por lo tanto, si la regulación es razonable, a la luz de la ley, ésta deberá de considerarse como válida por el órgano judicial; se impone la interpretación de la agencia, o lo que es lo mismo, se le debe de dar deferencia, en razón de su experiencia y conocimientos técnicos sobre el tema. De esta forma, concluye la Corte Suprema, la

---

<sup>43</sup> 415 U.S. 199, 231 (1974).

<sup>44</sup> 5 U.S.C. § 706 (A)

<sup>45</sup> En tal sentido, *Chevron* procede a citar *National Broadcasting Co. v. United States*, 319 U.S. 190; *Labor Board v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S. 111; *Republic Aviation Corp. v. [467 U.S. 837, 845]* *Labor Board*, 324 U.S. 793; *Securities & Exchange Comm'n v. Chenery Corp.*, 332 U.S. 194; *Labor Board v. Seven-Up Bottling Co.*, 344 U.S. 344.

Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, al analizar esta situación antes de que el caso *Chevron* se elevara, llevó a cabo su control de manera equivocada. Afirma la Corte que, al determinar de que ni la ley en cuestión, ni su historia legislativa, daban la respuesta a la cuestión, no debió haber determinado si, en su opinión, el concepto de fuente estacionaria de polución era inapropiado. Al contrario, debía determinar si la interpretación de la agencia era razonable.

Para concluir si la regla de la EPA era razonable o no, la Corte Suprema en el caso *Chevron* tomó en cuenta una serie de elementos, a saber; a) hizo un análisis pormenorizado de la historia legislativa y de las distintas aplicaciones que había tenido la ley y las diversas interpretaciones que había hecho la EPA; b) determinó que no existía una intención explícita ni precisa del legislador, en donde pudiese hallarse la definición de una fuente estacionaria de polución; c) la Corte concluyó que la EPA había hecho una interpretación flexible del término “fuente”; y, ello reflejaba la intención de la agencia de ser flexible, y, además, de lo técnico y complejo que era el área en cuestión. Por lo tanto, se llegó a afirmar que el hecho de que la definición fuera flexible, y que hubiese sido variada en ocasiones anteriores, no implicaba que la misma careciera de deferencia alguna.

Entre estas consideraciones del caso *Chevron*, la Corte manifestó enfáticamente que la definición explícita de una política ambiental determinada no le correspondía al Juez. Al contrario, ello era algo que debía de ser debatido en el Congreso y luego determinado en conversaciones conjuntas con las distintas agencias administrativas. A partir de allí,

consideró que la interpretación del EPA era razonable con base en cada uno de los elementos analizados.

Concretamente, estableció que en situaciones en las cuales deben de ajustarse una serie de intereses distintos y contrarios entre sí, y en materias técnicas y complejas, es la agencia administrativa la encargada de encontrar un punto resolutivo entre ambos. Igualmente, la regla fue razonada extensamente y motivada apropiadamente. Precisamente por ello, dicha regulación debía de ser objeto de deferencia; como señala la Corte, las opiniones de los jueces no deben importar a la hora de resolver un conflicto de intereses contradictorios entre sí relacionados con la Administración. En este sentido, se indica que, aunque las agencias no puedan ser controladas electoralmente<sup>46</sup>, el Presidente sí lo es. Y, ya que éste es el mayor responsable de las políticas de las agencias, éstas se englobarían en el control electoral, es decir, democrático, que se ejerce sobre su titular.

Por tanto, en la sentencia *Chevron* se equipara una competencia implícita con una delegación expresa. En razón de lo anterior, la regulación de la agencia es el punto de referencia y tiene un peso añadido; ese peso añadido será la deferencia que deberá de ser acordada por el órgano judicial a la hora de su revisión. En otras palabras, dicha regulación debe de ser respetada por el órgano judicial, a menos de que sea considerada como irrazonable, o, lo que es lo mismo, arbitraria, caprichosa o en

---

<sup>46</sup> La excepción a esto son las denominadas agencias independientes, cuya dirección no está a cargo del Presidente.

contradicción con la ley. De lo contrario, si se determina que la regulación es razonable, la misma no puede ser sustituida ni modificada. Debe de tomarse en cuenta que si no puede desprenderse del estatuto que el Congreso tenía una intención clara o implícita de delegar en la agencia la regulación correspondiente, o que ésta no tuviese carácter de ley, podría decirse que el grado de deferencia podría ser mucho menor.

*C. Los otros tipos o grados de deferencia.*

Sin duda alguna, la introducción de la deferencia en el control judicial presenta la duda sobre si ésta tiene una serie de grados o si su margen de aplicación es variable. Precisamente, este es el aspecto que viene a desarrollar *U.S. vs. Mead Corp.*<sup>47</sup> Una duda que podría decirse que emerge de *Chevron*, es sobre el grado de deferencia que debe de otorgársele a una interpretación administrativa que se desprende de una ley, que no estipula precisamente que se pretendía que la agencia llenara el vacío legislativo, o, de una regulación que no tiene el carácter de ley.

La Corte Suprema empezó a dar indicaciones de la dirección en que se iba a resolver dicha cuestión, cuando se resolvió el caso *Christensen v. Harris County*.<sup>48</sup> La misma

---

<sup>47</sup> 533 U. S. (2001). Véase en igual sentido, Pragmatic Approach to Chevron, A. 112 Harv. L. Rev. 1740 (1998-1999). Igualmente, puede destacarse el papel de la deferencia en el ámbito de las relaciones internacionales. En este sentido, Bradley, Curtis A. Chevron Deference and Foreign Affairs; 86 Va. L. Rev. 725 (2000).

<sup>48</sup> En dicha decisión, se negó deferencia bajo Chevron a una carta abierta del administrador del *Wage and Labor Division* del Departamento de Trabajo. Véase también, Coverdale, John F. *Chevron's Reduced ...*, p. 47-48.

podía resolverse de dos formas. Por un lado, debía de dársele el mismo grado de deferencia a la interpretación que se le hubiera dado si el Congreso hubiera hecho su mandato expreso. Y, por el otro, podría haberse dicho que el grado de deferencia debía de ser distinto o menor.

Esta situación vino a ser resuelta, nuevamente, por la Corte Suprema, en el año 2001.<sup>49</sup> La disputa se centraba sobre la imposición de una tarifa a uno de los productos que importaba la corporación *Mead*; específicamente, sobre una decisión del servicio de Aduanas de los Estados Unidos de América que clasificaba el producto en cuestión como objeto de una tarifa. La Corte de Apelaciones para el Circuito Federal concluyó que, analizada a la luz de *Chevron*, la decisión de Aduanas no merecía deferencia alguna. Una vez aceptada la petición de *certiorari*, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América debía determinar la aplicación o no de deferencia con base a *Chevron*.

En dicho caso, el estatuto, el *Harmonized Tariff Schedule of the United States*<sup>50</sup> (Regulación de Tarifas de los Estados Unidos), establecía que le correspondía a la agencia de Aduanas establecer la clasificación correspondiente para definir qué productos importados iban a ser objeto de la tarifa respectiva. La clasificación es hecha por medio de los denominados *ruling letters* (decisiones o cartas administrativas), que son decisiones individuales por parte de la agencia de Aduanas sobre un determinado

---

<sup>49</sup> Las siguientes referencias al caso *Mead* son todas hechas con base a la sentencia elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, a menos de que se haga una salvedad expresa.

<sup>50</sup> 19 U. S. C. § 1202. Title 19 U. S. C. §1500(b)



producto importado<sup>51</sup>; dicha decisión es vinculante para el personal de la agencia de Aduanas.<sup>52</sup>

Asimismo, el *ruling letter* puede ser modificada en cualquier momento, sin que se le comunique a nadie que no sea a la que se le dirige la carta en cuestión<sup>53</sup>. Igualmente, nadie ajeno a la persona a la que se le dirige la carta puede asumir que dichas valoraciones le serán aplicadas.<sup>54</sup> De igual manera, se señala en la sentencia que el volumen de cartas que se emiten es considerable, pues cualquiera de las oficinas de Aduanas en los 46 puntos de entrada a los Estados Unidos de América puede emitirlas, y éstas, generalmente, carecen de un razonamiento detallado.

Entre 1989 y 1993, el producto importado por *Mead*, fue considerado como libre de cualquier tarifa. Sin embargo, en enero de 1993 se emitió un *ruling letter* que establecía un cambio de criterio y que procedía a cobrarles la tarifa. La Corporación *Mead* presentó acción judicial ante la Corte de Comercio Internacional, la cual dio la razón a la agencia de Aduanas, pero sin llegar a utilizar el concepto de deferencia. A pesar de existir un precedente que establecía que las regulaciones de aduanas debían de recibir deferencia con base a *Chevron*<sup>55</sup>, la Corte de Apelaciones para el Circuito Federal estableció que las *ruling letters*, no podían ajustarse al concepto desarrollado en el mismo, y que el criterio de Aduanas no procedía. Específicamente, según dicho tribunal,

---

<sup>51</sup> 19 CFR § 177.9 (a)

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> 19 CFR § 177.9 (c)

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *United States v. Haggar Apparel Co.*, 526 U. S. 380 (1999)

los *ruling letters* no tenían fuerza de ley, y únicamente se aplicaban en relación a un caso concreto.

El análisis de la Corte para determinar la resolución de dicha cuestión técnica tomó inicio retomando los parámetros elaborados por *Chevron*. Posteriormente, procedió a establecer que aunque existiesen o no delegaciones expresas, las agencias siempre procedían a llevar a cabo interpretaciones de las leyes que les daban su competencia y capacidad para actuar; dichas interpretaciones siempre deben ser respetadas de alguna manera a los tribunales.

Con base en dicha afirmación, se procede a analizar el caso *Skidmore*, que es considerado como aquél que resume todo este proceso y contiene u ofrece una solución completa. En *Skidmore*, se enunció que el peso que debía de dársele a cualquier decisión administrativa en un caso particular dependía de varios factores; estos factores incluían lo adecuado que se encontrasen las razones para su consideración, la validez de su razonamiento, su consistencia con decisiones anteriores y cualquier otro factor de índole persuasivo<sup>56</sup>; todo esto en razón del respeto que merece el Ejecutivo, por parte del Judicial, del conocimiento técnico de las agencias y la uniformidad en la interpretación de las normas.<sup>57</sup>

Paralelamente, la Corte, por medio del Magistrado Souter, precisa, o más bien, redefine lo estipulado en el caso *Chevron*. Básicamente, establece que cuando puede

---

<sup>56</sup> La cita es referente a *Skidmore*, 323 U. S., at 140.

<sup>57</sup> Coverdale, John F. *Chevron's Reduced...*, p. 56-57.

desprenderse de la ley que la intención, expresa o implícita, del Congreso era que la agencia procediera a elaborar regulaciones con carácter de ley, la deferencia descrita en *Chevron* es la que se debe tener en cuenta. Generalmente, un indicador de que procedía la deferencia descrita bajo *Chevron* era la existencia del procedimiento de publicación, de la regla propuesta, para comentarios, por parte de la agencia a los particulares. Sin embargo, señala la Corte, la falta de dicho procedimiento no es suficiente para negar deferencia bajo *Chevron*.

A pesar de ello, la Corte no encontró criterio alguno que justificara otorgar deferencia bajo *Chevron* en dicho caso. Simplemente, consideró que un *ruling letter* jamás podía tener carácter de ley, aunque el Congreso lo hubiese pretendido; su naturaleza, el gran volumen de éstas y la forma en que son elaboradas justificaron su conclusión. Pero, el hecho de que no exista deferencia bajo *Chevron*, no implica que no existiese deferencia bajo *Skidmore*, un precedente que nunca había sido derogado.

Por lo tanto, se reconoció expresamente que existen diferentes tipos de deferencia, la cual puede ser aplicada en distintos grados. De esta forma, la mayoría de la Corte considera que, en razón de la variedad de formas de los estatutos, de las maneras en que puede expresarse el Congreso y de cómo funcionan las agencias, no puede hablarse de la aplicación de deferencia, o de ninguna. En otras palabras, se cree que debe de ajustarse la aplicación de la deferencia al caso concreto, y a las diferentes envergaduras que presentará.

Por tanto, la Corte determinó que la deferencia bajo *Chevron* únicamente es aplicable cuando se considere que el Congreso delegó en la agencia la facultad de establecer reglas con carácter de ley, y que la interpretación hecha se hizo con base en esa competencia. Y, para determinar la existencia de esa facultad es necesario tomar en cuenta una serie de factores, tales como si la agencia puede llevar a cabo decisiones administrativas, establecer reglas por medio de la publicación y recepción de comentarios por parte del público, o cualquier otro medio que denote la intención del Congreso.

Claro está, es necesario resaltar que dicha posición no fue unánime, por cuanto el Magistrado Scalia emitió un voto disidente sumamente crítico, en el cual reclamó que la deferencia reconocida en *Chevron* debía ser la que se debía de aplicar en todas las circunstancias; sin importar si la delegación era expresa o no, pues consideraba que ello era un criterio sumamente confuso y poco riguroso que terminaría afectando el funcionamiento de las agencias. Adicionalmente, consideró que *Chevron* dejó a *Skidmore* inservible e innecesario. Por lo tanto, cualquier aplicación de *Skidmore* iría en detrimento de las agencias y de las interpretaciones que éstas llevan a cabo; y, por tanto, concluye o considera el Magistrado Scalia en su voto particular, que se está debilitando el Poder Central.

En la jurisprudencia norteamericana también se ha reconocido un tercer grado de deferencia.<sup>58</sup> En efecto, el tercer grado de deferencia fue establecido en el caso de *Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.*<sup>59</sup>, que trataba el peso y el valor que deben de tener las interpretaciones de las agencias de sus propias reglas. Dicha deferencia consiste en darle un peso controlador, a menos de que la misma sea errónea o inconsistente con la regulación.<sup>60</sup> Sin embargo, dadas las conclusiones llevadas a cabo en *Mead* y en *Christensen*, pareciera que la deferencia descrita en *Seminole*, queda absorbida por los criterios esbozados en *Skidmore*.<sup>61</sup>

D. *La deferencia y su relación con otros elementos del Derecho Administrativo Continental.*

El concepto de deferencia, de la manera en que ha sido definido por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, tiene una serie de

---

<sup>58</sup> Coverdale, John F. *Chevron's Reduced...*, p. 58. Al mismo tiempo, se han hecho esfuerzos por precisar de mayor manera las situaciones jurídicas precisas que requieran de deferencia. Véase, en este sentido, Andersen, William R. *Against Chevron - A Modest Proposal*; 56 Admin. L. Rev. 977 (2004), p. 976. Asimismo, se ha indicado que debiera utilizarse *Skidmore* en aquellos casos en que la interpretación de la agencia, obviamente, va en su propio beneficio. En este sentido, Armstrong, Timothy K. *Chevron Deference and Agency Self-Interest*; 13 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 203 (2003-2004).

<sup>59</sup> 325 U.S. 410, (1945).

<sup>60</sup> 325 U.S. at 414.

<sup>61</sup> Coverdale, John F. *Chevron's Reduced...*, p. 64. Igualmente, se ha esbozado la necesidad de tomar en cuenta detalladamente los aspectos propios de cada caso, a la hora de valorar la deferencia que debiera de ser otorgada. De esta forma, se evitará un choque innecesario, en lo que se refiere al *stare decisis*. En este sentido, Dame, Paul A. *Stare Decisis, Chevron, and Skidmore: Do Administrative Agencies Have the Power to Overrule Courts*; 44 Wm. & Mary L. Rev. 439 (2002-2003).

elementos que guardan una clara relación con la denominada discrecionalidad técnica del Derecho Administrativo continental, el cual se desarrollará en detalle posteriormente. No obstante, se puede precisar que la discrecionalidad técnica es aquella que introduce elementos técnicos al margen discrecional de la Administración y que se alejan de la experiencia común. Como consecuencia de ello, puede observarse en cómo la deferencia podría relacionarse con dicho concepto, por varias razones.

Primero que todo, puede distinguirse el hecho de que las distintas interpretaciones normativas que llevan a cabo las agencias, generalmente, tienen relación o hacen referencia a términos técnicos, o aspectos que implican una valoración científica por parte de las mismas. Esto puede notarse a la perfección en el caso *Chevron*, y en un menor grado en *Mead*. En *Chevron*, la principal disputa se centraba sobre el concepto que debía de tenerse de una fuente estacionaria de polución, un concepto que, evidentemente, implicaba un desarrollo técnico y científico. Como ya fue expuesto, la Corte Suprema consideró oportuno el efectuar un control judicial. Por lo tanto, llevó a cabo una función esencial en cualquier Estado democrático y con una división de poderes bien fundamentada al impedir que existan actuaciones de las Administraciones Públicas exentas de un control judicial. Esta razón llevó a que la Corte procediera a verificar que la legalidad de las interpretaciones de la agencia en cuestión, y por tanto, su adecuación, al ordenamiento jurídico. También logró determinar lo relevante de dar un grado de importancia y de deferencia a las diversas valoraciones y criterios utilizados para establecer una valoración técnica correcta y ajustada a derecho. En otras palabras,

la Corte Suprema estableció un punto de balance donde se lograron salvaguardar dos pilares esenciales del Derecho Administrativo: a) se veló por garantizar el respeto y la validez jurídica de la labor de las Administraciones Públicas en su función de establecer políticas concretas y de poner en práctica sus atribuciones jurídicas; y, b) la del control judicial apropiado.

Por otra parte, en el caso *Mead*, la Corte demostró que se podían dar diversos grados de deferencia, la cual podría variar según las circunstancias jurídicas bajo las cuales actuaban las agencias. De esta forma, la deferencia puede ser graduada y su criterio de definición se fue desarrollando con base a una serie de elementos que pueden extraerse de la interpretación normativa realizada. Independientemente de que se considere válida o no la escisión que llevó a cabo la Corte, en relación a el caso *Chevron*, sus apreciaciones en torno al caso *Skidmore* resultaron sumamente importantes, al permitir que cualquier control judicial que se pretenda llevar a cabo en torno a las Administraciones Públicas sea eficaz y, a la vez, que no se permita que los derechos de particulares sean transgredidos.

Curiosamente, en el ámbito español no se ha procedido a desarrollar ni a aplicar extensamente el concepto de deferencia para la precisión del concepto de la discrecionalidad administrativa. A nivel jurisprudencial sí se encuentran alusiones a la deferencia, como luego se tendrá ocasión de estudiar. Desde el punto de vista doctrinario, el Profesor García de Enterría realizó considerables e importantes observaciones en relación al control judicial norteamericano, y, en concreto, sobre el

papel de la deferencia.<sup>62</sup> El citado autor ha manifestado su disconformidad con el uso del concepto de deferencia en el ámbito español, indicando que resulta inútil, en tanto que limita, en exceso, el control de la Administración.<sup>63</sup> No obstante, el concepto de deferencia sí fue utilizado en España a nivel jurisprudencial, en especial, por parte del Tribunal Constitucional.

El Profesor García de Enterría expresa, en este sentido, que *“la deferencia hacia la Administración intenta explicarse inicialmente con argumentos pragmáticos más que teóricos: la deferencia es obligada, dada la calidad de los expertos técnicos en materias complicadas con que cuenta la Administración, incomparable con la parvedad de medios de los Tribunales y su mucho trabajo; no es, por ello, la función del juez actuar como un superministerio o con <<el celo de pedantes profesores>>; la presión del gran trabajo y la multitud de materias de que deben de tratar unos Tribunales ordinarios que no están especializados; la vieja tradición, a la que ya hemos aludido, de hands-off, de manos fuera de los asuntos del Ejecutivo, o de no interferencia en su funcionamiento; la idea de que ha habido una voluntad del Legislativo de delegar esas arduas cuestiones en el Ejecutivo, y, en fin, siempre, el Principio de división de poderes; de modo que, como ha dicho Thomas W. Merrill, <<todo caso de interpretación de Ley se convierte en un caso de separación de poderes>>.”*<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces...*, p. 169-210.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 185.



Sin embargo, desde nuestro modesto punto de vista parece necesario, en principio y sin ánimo de contradecir su autorizada opinión, establecer una relación entre la deferencia y la discrecionalidad. El presente análisis pretende, en este sentido, determinar cuál es el balance adecuado en el control judicial de las Administraciones Públicas, y cómo definirlo. Por lo tanto, parece necesario establecer el papel de la deferencia en cualquier supuesto de control judicial en el Derecho Administrativo; pero también se debe evitar, si cabe, la utilización desproporcionada de esta figura, porque podría otorgar, si no se ponen límites, un fortalecimiento desmesurado al Poder Ejecutivo, desnaturalizando, de esta forma, la vigencia del Estado Democrático de Derecho.

A pesar de que se han hecho observaciones que utilizan aspectos similares, los criterios esbozados en los casos *Chevron* y *Mead*, tienen una rica construcción jurídica y un enorme efecto práctico, pero no han tenidos en cuenta en el ámbito español.<sup>65</sup> Sin duda alguna, este desconocimiento es, al menos, reprochable, pues a pesar de que existen considerables diferencias entre el sistema jurídico norteamericano y el español, así como con los sistemas continentales en general, puede llevarnos a desconocer la figura de la deferencia. Muy al contrario, merece, desde un punto de vista, una atención especial, que intente comparar y desmenuzar cuáles son las diferencias y

---

<sup>65</sup> Igartua Salaverría, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998, p. 40.

semejanzas, y para poder así obtener una comprensión cabal de las figuras en cuestión, es decir, la deferencia y la discrecionalidad administrativa.

Ahora bien, el análisis de dichos elementos técnicos implica una importante labor de comprensión, principalmente en aspectos concretos como los relativos a cómo pueden relacionarse los conceptos de discrecionalidad y de deferencia en el régimen jurídico español, y también en general, al europeo continental. Desde luego que no se pretende que las normas aplicables a las agencias federales, que no encuentran equiparación en el ámbito español, se entiendan de manera idéntica. El estudio de la relación de la deferencia con la discrecionalidad técnica pretendemos que nos permita descubrir la posibilidad de que existan nuevas normas para controlarla; y lo que es más importante, manteniendo la rigurosidad del elemento jurídico administrativo bajo análisis.

De esta manera, y bajo este entendimiento, la puesta en práctica de diversas instituciones jurídicas o de conceptos técnicos, como la deferencia, podría ser adecuada. Como se ha venido señalando, no es cuestión de extrapolar elementos conceptuales jurídicos norteamericanos directamente al Ordenamiento Jurídico español. Muy al contrario, el análisis persigue, fundamentalmente determinar la posible relación que pueda existir entre ambas figuras jurídicas. Sin duda alguna, la razón que justifica este estudio está en que los mismos permitirán que se realice un ajuste jurídico razonable para que, de esta forma, sea susceptible de aplicar en un mismo ordenamiento jurídico. Baste tan sólo destacar que el análisis constitucional y legal del caso planteado o expuesto será necesario, pero en el supuesto de obtener resultados válidos, no cabe

ninguna duda la utilidad del estudio que se ha realizado, de tal forma que aporte algunas soluciones para su puesta en consideración. Por lo tanto, con base en los elementos descritos, referidos a la deferencia, debe de procederse a determinar su relación jurídica con la discrecionalidad técnica en España.

## 2. El problema del control judicial de la discrecionalidad técnica.

La discrecionalidad administrativa en España, a pesar de su enorme desarrollo jurisprudencial y doctrinario<sup>66</sup>, mantiene un primer plano en el estudio del Derecho Administrativo contemporáneo. Las enormes pasiones que ha despertado<sup>67</sup>,

---

<sup>66</sup> El desarrollo doctrinario de esta materia ha sido tratado en España por numerosos estudiosos de reconocido prestigio. En este sentido, es posible citar los trabajos de los Profesores Luciano Parejo Alfonso, Tomás-Ramón Fernández y Miguel Sánchez Morón, entre otros, quienes además han suscitado un debate doctrinal de un elevadísimo nivel digno de mención. En este sentido, pueden consultarse las siguientes obras: Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 4ta ed., 2002. 267 p., Parejo Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 134 p. *Colección: Cuadernos y Debates.*, Parejo Alfonso, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993. 131 p., Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo: Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*. Barcelona: Ariel, 2003, p.1347 y Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. 162 p.

<sup>67</sup> El debate doctrinario que se ha centrado alrededor de las figuras de Luciano Parejo Alfonso y Tomás-Ramón Fernández, concretamente, ha sido particularmente importante. La discusión planteada entre ambos catedráticos sobre los criterios que definen el control judicial de la discrecionalidad administrativa es un elemento central e ineludible de cualquier estudio relacionado con la actividad discrecional de las Administraciones Públicas. Véase, en concreto, Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 4ta ed., 2002. 267 p., Parejo Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 134 p. *Colección: Cuadernos y Debates.*, Parejo Alfonso, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993. 131 p., Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo: Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*. Barcelona: Ariel, 2003, p.1347. En el ámbito español también resulta igualmente relevante en esta materia la consulta obligada al trabajo realizado por la Profesora Desdentado Daroca, concretamente, Desdentado Daroca, Eva.

particularmente en el ámbito doctrinario, y la constante confusión que se desprende de la jurisprudencia<sup>68</sup> han llevado a la realización de estudios profundos sobre la materia. Posiblemente, uno de los aspectos que más atención ha prestado en el estudio de la discrecionalidad administrativa en el ámbito español ha sido, precisamente, el control judicial a los que debe sujetarse la misma.<sup>69</sup> La disputa se ha centrado principalmente sobre el ámbito de control, su naturaleza y extensión.<sup>70</sup>

En este sentido, se han distinguido una serie de posiciones, cada una con su importancia y relevancia, que hacen referencia a la naturaleza jurídica del Estado Social de Derecho, el régimen constitucional vigente y la división de poderes.<sup>71</sup> Al mismo tiempo, aparte de hacer énfasis en el hecho de que la discrecionalidad implica una decisión o elección entre varias opciones válidas jurídicamente en el ámbito administrativo, es difícil encontrar mayor acuerdo en la doctrina actual.<sup>72</sup> Indudablemente, todo esto deja una enorme confusión en el estudio del Derecho Administrativo y no facilita, de ninguna manera, su aplicación.

---

*Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico: Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*. 2da, ed., Navarra: Aranzadi, 1999, p. 208-210.

<sup>68</sup> El tratamiento jurisprudencial ha dado lugar a que, tanto la posición del Profesor Parejo, así como la de Ramón Fernández, hayan sido esgrimidas. Concretamente, véase Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad de...*, p. 179-192, así como las sentencias RJ 2004\4189, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 7 julio 2004 y RJ 2004\2303, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 25 marzo 2004.

<sup>69</sup> Como se ha señalado, ésta es la principal cuestión del debate entre los profesores Luciano Parejo y Tomás-Ramón Fernández.

<sup>70</sup> Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad de...*, p. 113-117.

<sup>71</sup> *Ibidem*, y Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo...*, p. 625.

<sup>72</sup> Fernández, Tomás Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Lustel, 2005, p. 25.

Unido a estos aspectos, como destaca la profesora Desdentado Daroca en su excelente trabajo, en la práctica actual de las Administraciones Públicas, y en el desarrollo de las funciones diarias de los órganos y entes públicos, se precisa, cada vez con mayor frecuencia, la constante presencia de elementos científicos que se requieren para poder tomar conocimientos sobre determinadas cosas que no es posible que se desprendan de la experiencia común.<sup>73</sup> Concretamente, las distintas actuaciones administrativas, dada la diversidad de los espacios en donde se aplican, que prácticamente incluirán todas las áreas del conocimiento humano, no pueden remitirse únicamente al sentido común y a la experiencia cotidiana.<sup>74</sup> El actual desarrollo tecnológico y las constantes innovaciones científicas obligan a desarrollos normativos de enorme tecnificación, que, indudablemente, influyen directamente las actuaciones administrativas. Un claro ejemplo de esta situación es el estudio de la energía atómica y sus desechos, lo cual requiere conocimientos científicos de enorme envergadura.

De igual manera, la citada autora menciona la presencia en el Derecho Administrativo de los denominados conceptos jurídicos indeterminados.<sup>75</sup> Específicamente, la utilización de términos tales como el *justiprecio* o *edificio en ruina*, así como otros, que pueden considerarse como conceptos jurídicos indeterminados, y a la vez destacan un factor de tecnicismo, crea problemas significantes en el control judicial de la discrecionalidad

---

<sup>73</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: Un estudio crítico de la jurisprudencia*. Madrid: Cívitas, 1997, p. 19.

<sup>74</sup> *Ibídem*.

<sup>75</sup> *Ibídem*, p. 25.

administrativa.<sup>76</sup> Como bien señala el profesor Parejo Alfonso, *“todo concepto jurídico requiere interpretación, lo específico del calificado como indeterminado es su utilización por el legislador por razón de no proceder o no poder realizar una predeterminación precisa de la acción administrativa. El legislador conoce ciertamente el supuesto que quiere establecer, pero las características de éste impondrían- para su definición acabada- el recurso a la casuística, lo que incrementaría la densidad de la programación normativa y la seguridad en su ejecución, pero conllevaría un riesgo cierto de restricción del supuesto normativo. El recurso a conceptos jurídicos indeterminados tiene por objeto prevenir este riesgo”*.<sup>77</sup>

La posibilidad de que la existencia de dichos elementos de tecnificación dé espacio a las Administraciones Públicas a que puedan seleccionar o determinar de entre varias opciones válidas jurídicamente, ha llevado al nacimiento de la denominada discrecionalidad técnica, o, como los identifica márgenes de apreciación y juicio.<sup>78</sup> En este sentido, las apreciaciones técnicas se referirán a *“toda actividad de búsqueda de respuestas a problemas prácticos mediante la utilización de criterios técnicos, es decir, de conocimientos de los saberes especializados.”*<sup>79</sup> Sin embargo, la discrecionalidad técnica, lejos de venir a establecer un concepto claro y unitario, más bien ha venido a complicar enormemente el ámbito de la discrecionalidad administrativa.

---

<sup>76</sup> Ibídem, p. 52.

<sup>77</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo...*, p. 625.

<sup>78</sup> Ibídem, p. 626-627.

<sup>79</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico: Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*. 2da, ed., Navarra: Aranzadi, 1999, p. 135.

En efecto, como bien señala Desdentado Daroca, la discrecionalidad técnica no implica el uso de discreción alguna; esto quiere decir, por ejemplo, que la naturaleza científica del supuesto jurídico, implica que la solución ya está dada. En otras palabras, no hay margen alguno de apreciación.<sup>80</sup> En este sentido, la doctrina italiana ha sido la que ha considerado que no ha sido posible encontrar un mínimo acuerdo entre los estudiosos de la materia<sup>81</sup>. Por ello, sería válido afirmar, desde este punto de vista, que no es posible definir con precisión qué es la discrecionalidad técnica.

Consecuentemente, si el control judicial de la discrecionalidad administrativa presenta problemas, más que todo en las posibles sustituciones antijurídicas del Poder Judicial a los criterios valorativos de la Administración, la discrecionalidad técnica tendrá las mismas, o incluso, mayores complicaciones.<sup>82</sup> Por ende, la delimitación del control judicial, incluso determinar de si debe existir o no, es una cuestión que no está resuelta, pero donde ya existen algunos criterios importantes, al respecto. En este sentido, sí se han realizado esfuerzos relevantes para establecer los criterios necesarios para que el Poder Judicial pueda llevar a cabo el control de la actuación administrativa, pero sin embargo, la definición del concepto no se producido.<sup>83</sup> Al mismo tiempo, el trato jurisprudencial que ha recibido ha sido cuestionable, pues parece fortalecer la posición y

---

<sup>80</sup> *Ibídem.*

<sup>81</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...*, p. 28.

<sup>82</sup> Véase, en este sentido, *Ibídem*, p. 15.

<sup>83</sup> *Ibídem*, p. 141-152.

las valoraciones de las Administraciones Públicas a un nivel que podría dejar en estado de indefensión a la otra parte.<sup>84</sup>

En consecuencia, el mayor problema que puede presentar el manejo de la discrecionalidad técnica en España, y podría decirse que, en general, en Europa, pareciera estar relacionado con lo que en el derecho norteamericano se denomina la deferencia<sup>85</sup>, y la forma, en que ésta afecta el control judicial. La deferencia, como se ha mencionado, posiblemente, tomó su papel predominante cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos de América fijó su uso como precedente en el caso *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.*, en el año 1984. El uso de la deferencia quedaría con mayor precisión en el caso *U.S. vs. Mead Corp.* en el año 2001.

El estudio de la deferencia, como hemos visto, se refiere al grado de importancia que deben de brindarle los jueces a las valoraciones técnicas de las Administraciones Públicas en el control judicial. Por ello, es importante analizar la relación entre la discrecionalidad técnica y la deferencia<sup>86</sup>; y, en todo caso, su comprensión nos permitirá reconocer la posible existencia de un control judicial en un ámbito en el que

---

<sup>84</sup> *Ibídem.*

<sup>85</sup> Debe destacarse que el artículo 16 de la Ley General de la Administración de la República de Costa Rica, incorpora los aspectos propios de la deferencia. *Artículo 16.-1. En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a Principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. 2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad.*

<sup>86</sup> García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Civitas, 4ta ed., 1998, p. 204-206.



consistentemente se ha negado por un sector de la doctrina. Por lo tanto, puede comprobarse su importancia en lo que se refiere al uso de la discrecionalidad técnica.

El control judicial de la discrecionalidad técnica no está precisado y las referencias jurisprudenciales no presentan una solución concreta y determinante. Por lo tanto, es válido afirmar que no se ha establecido un criterio específico para determinar si debe de realizarse un control judicial de las valoraciones técnicas de las Administraciones Públicas, y cómo debe de realizarse si, en efecto, se considera necesario y válido jurídicamente. Como consecuencia de esto, puede comprobarse que se crea una situación bastante delicada en el ámbito del Derecho Administrativo.

Por una parte, existe una posibilidad considerable de que se esté dejando en estado de indefensión al particular, lo cual sería directamente contrario a la tutela judicial efectiva, consagrada, en el caso español, en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Adicionalmente, se crea una enorme inseguridad jurídica, por cuanto no se puede idear un criterio jurisprudencial claro y preciso para establecer el control judicial de la discrecionalidad técnica. Y, por último, el operador jurídico se ve incapaz de poder determinar cómo velar por la tutela de sus intereses jurídicos y derechos. Igualmente, esto se une a las enormes complicaciones de determinar la relación de la discrecionalidad técnica con los conceptos jurídicos indeterminados y en qué constituye lo “técnico”.

De esta forma, determinar la posible aplicación de medios como la deferencia para definir el control judicial de la discrecionalidad técnica resulta de enorme importancia.

En este sentido, la deferencia podría servir como un criterio importante para establecer el control judicial de la discrecionalidad técnica. Considerando que dicho criterio ha sido extensamente tratado en los Estados Unidos de América y ha sido objeto de un considerable desarrollo doctrinario y jurisprudencial, su relación con el derecho continental europeo podría analizarse a la luz de los Principios y valores jurídicos que se consideren en común. Asimismo, dado que los valores jurídicos y las bases democráticas europeas y norteamericanas son afines, los distintos instrumentos jurídicos aplicables en unos y otros ordenamientos jurídicos pueden ser compatibles en un número considerable de ocasiones. Por lo tanto, el análisis correspondiente tiene una validez importante y una trascendencia que podría implicar la solución a uno de los problemas más concretos que posee el Derecho Administrativo contemporáneo.

#### *A. La discrecionalidad técnica.*

El tema de la discrecionalidad técnica presenta una serie de importantes complicaciones en la actualidad. En este sentido, a pesar de un exhaustivo trato a nivel doctrinario, principalmente en Italia<sup>87</sup>, no se ha podido tener unidad doctrinaria en torno a su concepto.<sup>88</sup> Por lo tanto, puede afirmarse, casi que categóricamente, que no se ha podido definir con propiedad; hay una noción de lo que es, pero no una definición concreta.

---

<sup>87</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...*, p. 21.

<sup>88</sup> *Ibíd.*, p. 28.

Como consecuencia directa de ello, existe un enorme grado de confusión en torno a su figura, en lo que verdaderamente consiste y en su aplicación jurídica. De esta forma, se da un número importante de problemas de orden técnico que, por razón de la indefinición que existe, no puede dárseles una aproximación apropiada. La variedad de posiciones doctrinarias es de tal índole y grado, que es difícil, incluso, agrupar las mismas; aunque existan puntos de acuerdo, todo ello unido a la falta de acuerdo entre las posiciones, impide que pueda hablarse, concretamente, de posiciones doctrinarias.<sup>89</sup> Asimismo, y como se ha indicado, la poca falta de una definición clara y precisa o la concreción de un concepto mínimamente común ha ocasionado importantes problemas de orden jurídico.<sup>90</sup> Posiblemente, el de más trascendencia, sin duda, será el que se encuentre relacionado con el control judicial de la discrecionalidad técnica.

En razón de las valoraciones técnicas que llevan a cabo las Administraciones Públicas, un importante número de juristas aboga por no controlar las mismas<sup>91</sup> por temor de que se llegue a sustituir al órgano que las lleva a cabo. Sin duda, se trata de una posición que guarda su base constitucional en la división de poderes. Así, la cantidad de posiciones jurídicas doctrinarias sobre el grado, forma o tipo de control judicial de la discrecionalidad técnica resulta ser tan diverso, que su agrupación es de

---

<sup>89</sup> Para un listado detallado de las distintas posiciones doctrinarias, tanto italianas como españolas, véase Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...*, p. 28-61.

<sup>90</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...*, p.20.

<sup>91</sup> Autores como Garrido Falla, Beltrán y Pérez Olea sustentan dicha posición, véase Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...*, p.116.

suma dificultad.<sup>92</sup> Y, como consecuencia de dicha dificultad, se hace mucho más complicado encontrar una solución a dicha incógnita.

Por otra parte, una serie de problemas prácticos se unen a la indefinición del control judicial. En efecto, las posiciones de muchos, relacionadas con la imposibilidad del Poder Judicial de controlar la discrecionalidad técnica, choca con la realidad de los Tribunales contencioso-administrativos que velan por la correcta aplicación de términos discrecionales y que tienen valoraciones de orden técnico, como lo son el *justiprecio* y el *edificio en ruina*. Claramente, surge la duda si la discrecionalidad técnica es controlable judicialmente y consecuentemente la pregunta es, ¿cómo es posible que órganos judiciales constantemente lo efectúen en torno a esos y otros términos técnicos de orden jurídico? O, ¿cuál podría ser la relación de la justicia con los conceptos jurídicos indeterminados?<sup>93</sup>

Adicionalmente, debe de tomarse en cuenta que también se presenta un delicado problema en torno a la motivación de cualquier acto administrativo que esté aplicando la discrecionalidad técnica.<sup>94</sup> Específicamente, cómo es posible y válido exigir la motivación del acto administrativo que justifique la discrecionalidad técnica, si la misma no puede ser objeto de control por los órganos judiciales competentes.<sup>95</sup> Indudablemente, existe una importante contradicción en dicho planteamiento.

---

<sup>92</sup> Ibídem, p. 104.

<sup>93</sup> Ibídem, p. 25.

<sup>94</sup> Igartua Salaverría, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998, p.13.

<sup>95</sup> Dicha afirmación se esgrime del criterio desarrollado por Igartua Salaverría. Ibídem.

Además, resultaría difícil justificar una motivación rigurosa y determinante de actos discrecionales, controlables judicialmente, y no la de los basados en aquella que sea técnica.

Asimismo, existe la difícil situación de determinar la revisión judicial que procede de aquellos actos que resuelven concursos o exámenes técnicos.<sup>96</sup> Evidentemente, resulta en extremo dificultoso, y podría decirse impráctico, reproducir los actos que dieron origen a una decisión en un concurso o en un examen. Al mismo tiempo, tampoco cabe duda de que exista el derecho a toda persona que haya quedado disconforme con el resultado del mismo, a que la misma sea objeto de control judicial y consecuentemente, a que recurra la decisión del órgano. El problema, principalmente, yace en que, si se mantiene la posición de que las valoraciones técnicas carecen de control, la labor del órgano jurisdiccional en estos casos, podría ser inútil o limitada. En otras palabras, no sería válido ejercer un control razonable cuando los motivos que justifican el mismo no pueden ser analizados.

La falta de claridad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional no han ayudado a resolver la situación; ambos tribunales apoyan la línea de que no es posible llevar a cabo un control o revisión completa de dichos criterios.<sup>97</sup> A pesar de ello, la doctrina más reciente no se ha visto convencida por dicha afirmación y hace una importante crítica a dichos planteamientos, favoreciendo un mayor control

---

<sup>96</sup> Véase Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...*, p. 70.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, p. 81 y p. 87.

judicial.<sup>98</sup> Claramente, no ha sido posible desarrollar una línea o posición jurídica que logre mantener o sepa ajustar la importancia y relevancia de los dos intereses que se están intentando salvaguardar. En primer término, que se logre mantener la división de poderes, y evitar que el Poder Judicial, un órgano constitucional sin legitimación democrática, sustituya a las Administraciones Públicas en sus funciones. Y, en segundo, velar porque se dé una adecuada tutela judicial efectiva, reconocido, como es sabido, en el artículo 24 de la Constitución Española.

Como puede comprobarse, la unificación de ambas posturas resulta sumamente difícil, pues parecieran ser excluyentes entre sí. Indudablemente, es difícil visualizar una verdadera tutela judicial efectiva sustancial que esté lo suficientemente delimitada como para no sustituir a las Administraciones Públicas. Y, no puede contemplarse que se dé una tutela judicial efectiva si no se entra a analizar las razones que dieron pie a la decisión tomada en base a la discrecionalidad técnica; no cabe la menor duda de que cualquier construcción jurídica deberá tomar en consideración esos dos aspectos.

Sin embargo, de acuerdo con la posición sustentada por la profesora Desdentado Daroca, o se limita a justificar unas de las dos líneas señaladas, o se tiende a criticarlas ambas.<sup>99</sup> Las críticas resultan importantes, y le han dado una enorme preeminencia a la tutela judicial efectiva, y al control judicial de las Administraciones Públicas. Pero, lejos de señalar los problemas con las dos líneas doctrinarias, y la jurisprudencia de tanto el

---

<sup>98</sup> Véase, Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...*, p.116 y ss.

<sup>99</sup> Concretamente, véase, Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...* y Igartua Salaverría, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998.

Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, no han podido brindar una construcción jurídica que dé una respuesta al problema de la discrecionalidad técnica.

Por lo tanto, resulta necesario e indispensable llevar a cabo un análisis que, primero que todo, defina y precise los conceptos que no están determinados. Posteriormente, es necesario, una vez hecho eso, proceder a definir los problemas jurídicos que han sido consecuencia de la imprecisión conceptual. Así, con base en el concepto utilizado, se puede llegar a dar una solución concreta y específica a los mismos. Sin embargo, no puede evadirse el elemento más importante, que es lograr desarrollar un criterio o construcción jurídica que permita definir y delimitar el control judicial de la discrecionalidad técnica. De lo contrario, se caería nuevamente en el círculo vicioso que ha estado plagando dicho concepto en la doctrina y en la jurisprudencia; esto es, la posibilidad de definir los problemas existentes, pero no apuntar una solución.

La definición de los problemas jurídicos que azotan a la discrecionalidad técnica permite, en base en los análisis que resuelve las cuestiones de cada uno, establecer la aplicación de diversas construcciones jurídicas específicas a la discrecionalidad técnica. Sin duda alguna, la falta de referencia a criterios claros, precisos e intersubjetivos para fundamentar una construcción jurídica, ha impedido la solución a la contienda por encontrar los criterios definitorios del control judicial de la discrecionalidad técnica. Como consecuencia de ello, antes que analizar una posible respuesta, es necesario determinar estos.

*B. Lo técnico, y aquellos elementos ajenos a la experiencia común que informan a la discrecionalidad administrativa.*

El concepto de discrecionalidad técnica posee un considerable número de definiciones, y prácticamente, ninguna de ellas concuerda en sus contenidos, salvo en que comparten un determinado elemento de tecnicidad. Precisamente, por tomar en cuenta aspectos de denominación técnica, se distingue de la tradicional discrecionalidad administrativa. Claramente, lo más importante para poder definir en qué consiste la discrecionalidad técnica conlleva determinar a qué se llama “lo técnico”. Igualmente, y unido a dicho aspecto, resalta la duda de si “lo técnico” puede equipararse a un concepto jurídico indeterminado. Y, por ende, cabe destacar si existe o no, verdaderamente, discrecionalidad en dichos supuestos de valoración por parte de las Administraciones Públicas.

La discrecionalidad administrativa viene a reflejar el complejo proceso de análisis, investigación, captación de datos y de razonamiento, que se lleva a cabo en las Administraciones Públicas, para que, finalmente, éste se concrete en un acto o decisión administrativa destinada a satisfacer un interés concreto y específico de carácter público; implica un ámbito de decisión. Por lo tanto, la aplicación del término discrecionalidad técnica implicaría el procedimiento anteriormente descrito, más un elemento “técnico”. Consecuentemente, sería un proceso analítico e investigativo, con elementos “técnicos”, para poder llevar a cabo una elección, que satisfaga el orden



público. Sin embargo, resulta claramente necesario entrar a definir en qué consiste lo “técnico”, pues sería lo que distinguiría a la discrecionalidad técnica de la tradicional.

Actualmente, las Administraciones Públicas, en razón del enorme desarrollo científico y tecnológico que se ha venido desarrollando en los últimos veinte años, han debido entrar a regular aspectos de suma complejidad; dichas regulaciones son esenciales para un funcionamiento adecuado y eficaz del aparato estatal, y para cumplir con las obligaciones que le corresponden al mismo, en función de los criterios que el Estado Social y de Derecho imponen. En este sentido, el Poder Legislativo no puede llegar a definir y precisar, en un gran número de ocasiones, la determinación de muchos de los conceptos que vienen a ser utilizados en la legislación que se dicta. Por ende, deben de ser las Administraciones Públicas las que vengán a determinar y precisar la aplicación y denominación de dichos conceptos a la hora de su aplicación. Sin embargo, es necesario destacar que si el Legislativo precisa o define dichos elementos de complejidad científica, las Administraciones Públicas carecerán de cualquier tipo de discrecionalidad o de función en su precisión.

Por ende, el fenómeno que se viene a dar es que el Congreso o los Parlamentos que dictarán leyes, con términos y elementos tecnificados, que le darán un mandato específico a las Administraciones Públicas.<sup>100</sup> En razón de que dichos aspectos científicamente complejos no se encuentran precisados ni definidos por el Legislativo, y

---

<sup>100</sup> Massimo Severo Giannini establece precisiones similares. Véase Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...*, p. 36.

de que resulten vitales para una aplicación correcta y adecuada de la norma, las Administraciones Públicas deben determinar los mismos. Si dicho parámetros no se llegan a definir, la legislación no podrá ser puesta en práctica o implementarse. En otras palabras, no es posible para las Administraciones Públicas poner en práctica un determinado mandato legislativo si no se tiene un entendimiento específico de las áreas, temas y conceptos que conlleva su aplicación. Por lo tanto, ante el vacío legislativo, o la falta de precisión respectiva, las Administraciones Públicas, o el órgano específico que está llamado a poner en práctica la legislación, será el encargado de establecer la precisión correspondiente.

Los aspectos o elementos científicamente complejos implican que deben de existir estudios y conocimientos para establecer su precisión. Generalmente, estarán relacionados con ciencias exactas o sociales.<sup>101</sup> De esta forma, ello querrá indicar que la definición de los mismos debe de ser precedida de conocimientos profundos en el área en cuestión, y que dicha labor no puede ser realizada por una persona o grupo de ellas que carezcan del entrenamiento o estudios adecuados. En otras palabras, debe de existir un grado mínimo de especialización, que, como consecuencia de la dificultad o especialidad de los términos o aspectos a precisar, implicará una educación universitaria y profesional apropiada. De no ser así, no podría ser posible entrar a precisar y determinar los aspectos técnicos y científicamente complejos presentados en la legislación emanada del Parlamento.

---

<sup>101</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...*, p. 62.

Al mismo tiempo, otros de los elementos anteriormente descritos, para poder precisarlos y darles entendimiento, requieren de una puesta en práctica de un complejo proceso de captación de datos y de experimentos; sin estos, no es posible llegar a su determinación. Indudablemente, dichos procesos de captación de datos y de su experimentación tienen rigor científico y deben de ser elaborados de acuerdo a estrictas medidas. De esta forma, puede concluirse que dichos elementos técnicos, o de complejidad científica, vienen a reflejar aquellos que requieran de conocimientos que no se desprenden de la experiencia común, o que sea necesario, para su precisión, de una captación y análisis de datos empíricos.

Por lo tanto, la discrecionalidad técnica viene a reflejar el proceso y los datos que se han establecido; se dará origen a un nuevo concepto, muy tratado, pero poco desarrollado. Concretamente, no puede evadirse la existencia de la base legislativa, con elementos no del todo precisados, y la necesidad de que sea el órgano administrativo competente el que llegue a definir cómo deberán de ser estos entendidos. Así, la discrecionalidad técnica vendría a ser definida como el proceso, elaborado por el órgano administrativo competente, mediante el cual se procede a determinar los elementos propios de un mandato legislativo, carentes de precisión, en razón de su compleja naturaleza científica; dicho término alude a conocimientos que no puedan desprenderse

de la experiencia común<sup>102</sup>, o que, para establecer los mismos, haya que llevar a cabo un proceso de captación y análisis de datos empíricos.

En igual sentido, el concepto que se ha desarrollado de discrecionalidad técnica, permite distinguir su relación con los denominados conceptos jurídicos indeterminados. El primer aspecto que debe de tomarse en cuenta es que muchos de los elementos técnicos presentes en el mandato legislativo se expresan por medio de conceptos jurídicos indeterminados. En efecto, bajo esta categoría pueden incluirse términos tales como *justiprecio* y *edificio en ruina*. Claramente, son términos que se ajustan a los parámetros del concepto establecido de discrecionalidad técnica, por cuanto requieren de precisión, sin posibilidad de la utilización de la experiencia común y exigen un examen empírico. Como bien indica *Sánchez Morón*, en razón de la opinabilidad que surge alrededor de dichos elementos técnicos, se justifica el ámbito discrecional.<sup>103</sup>

En segundo lugar, es necesario precisar que la aplicación de los elementos técnicos no es exclusiva de los conceptos jurídicos indeterminados. Por ende, es perfectamente plausible que el órgano administrativo competente se vea obligado a precisar o determinar un concepto científico sin ningún tipo de envergadura jurídica; o, puede que se vea obligado a establecer una serie de lineamientos, de orden técnico, que tampoco tengan contenido jurídico. Y, como puede notarse, estos seguirán siendo supuestos de discrecionalidad técnica. Por lo tanto, puede establecerse que la

---

<sup>102</sup> Véase en este sentido, García-Trevijano Fos, José Antonio. *Tratado de...*, p. 444-445.

<sup>103</sup> Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 129.

discrecionalidad técnica implicará tanto el uso de los conceptos jurídicos indeterminados, así como de otros elementos o aspectos de índole técnica, pero sin ninguna relación jurídica.

*C. El papel de la motivación en la discrecionalidad técnica.*

Del concepto de discrecionalidad técnica que se ha logrado precisar, se puede desprender una característica de suma importancia; la discrecionalidad técnica, por su propia naturaleza, lleva implícito un razonamiento y una motivación adecuada y lógica. Dicha conclusión se extrae, precisamente, de la propia definición de dicho concepto. En efecto, el primer elemento que hace intuir la existencia del requisito de la motivación es el hecho de que el órgano administrativo debe de determinar el mandato legislativo. En otras palabras, debe proceder a analizar la norma legislativa, para llevar a cabo una interpretación lógica y coherente de la misma, y luego llegar a concluir qué tipo de acciones administrativas debe de llevar a cabo.

Por lo tanto, dicho proceso, que es considerablemente complejo, obligará al órgano administrativo a realizar un proceso intelectual que debe de justificarse, plenamente, en la norma legislativa. De esta forma, el hecho de que deba de justificarse en el mandato legislativo, pues de lo contrario, carecería de autoridad jurídica para realizar las actuaciones respectivas, conlleva una motivación expresa. Concretamente, no es posible que se extraiga el mandato legislativo de la norma, si éste no se justifica en

aquella; y, dicha justificación implica que el órgano administrativo debe de explicar las razones por las cuales se da ésta. Así, puede concluirse, con certeza, que el concepto de discrecionalidad técnica conlleva el requisito de una motivación expresa.

Sin embargo, existen otros elementos y aspectos dentro de la definición de la discrecionalidad administrativa que fortalecen dicha posición. La definición en cuestión destaca que la discrecionalidad técnica requiere la presencia de un término o elemento que contenga una naturaleza científica compleja; la misma se define como aquella en las cuales no se pueda recurrir a la experiencia común para su precisión, o que haya que llevar a cabo un análisis o recolección de datos empíricos.

Como puede comprobarse, la definición de qué constituye una naturaleza científica compleja, ya de por sí, refleja la necesidad de un análisis detallado del término o elemento científico en cuestión, para determinar su complejidad. Al mismo tiempo, deberá de establecer si la propia experiencia común puede contribuir a su precisión, o si es necesario conocimiento científicos o técnicos específicos. Nuevamente, toda esta tarea de justificación refleja la necesidad de motivar y dar razones de forma adecuada, y no general, al acto gestado por medio de la discrecionalidad técnica. Igualmente, el que haya que realizar un análisis o un proceso de recolección de datos empíricos, ya de por sí, representa una justificación razonable que da base a la posición de que hay que motivar siempre en el uso de la discrecionalidad técnica.

En igual sentido, no puede ignorarse el deber de las Administraciones Públicas de, siempre y bajo cualquier circunstancia, motivar los actos administrativos

discrecionales, como bien lo señala el artículo 54.1.f), de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en España. De no motivarse los mismos, se crearía un ámbito administrativo fuera del control judicial que podría dar lugar a abusos que podrían desembocar en la violación de derechos fundamentales.

Al mismo tiempo, las Administraciones Públicas se verían en una posición fortalecida, que podría, incluso, permitirles sobreponerse al Poder Legislativo. Claramente, todos estos son supuestos que contradicen el Principio Democrático<sup>104</sup>, el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad<sup>105</sup> y el Principio de Objetividad<sup>106</sup>, y que no tienen sustento constitucional alguno. La motivación es parte esencial de cualquier Estado democrático, y ninguna posición que busque evadir dicha obligación puede adoptarse al régimen constitucional vigente; lo contrario sería arbitrariedad. Como consecuencia de ello, la motivación de aquellos actos fundamentados en la discrecionalidad técnica es exigible y obligatoria.

El Tribunal Constitucional ha resaltado la importancia de la motivación, sobretudo, en aquellos supuestos dónde existe discrecionalidad. Al analizar una situación en dónde se denegó una solicitud de trabajo de segunda actividad para un policía, el Tribunal manifestó que *“Dado que la presente demanda de amparo se refiere a una supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical acaecida en el ámbito de la prestación de*

---

<sup>104</sup> Artículo 1.1 de la Constitución Española.

<sup>105</sup> Artículo 9.3 de la Constitución Española.

<sup>106</sup> Artículo 103.1 de la Constitución Española.

*servicios de un funcionario público, y no en el ámbito de una relación laboral, no es ocioso recordar que también la Administración pública, que ha de actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE [ RCL 1978, 2836] ), sin asomo de arbitrariedad (art. 9.3 CE), tiene la obligación de acreditar la regularidad de sus actos cuando por parte de sus funcionarios se haya ofrecido un principio de prueba indicativo de una posible vulneración de un derecho fundamental. En este sentido hemos declarado que el margen de discrecionalidad característicos de determinados actos administrativos no modifica la exigencia de la carga probatoria, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, aunque se aceptara que aquéllas no precisan ser motivadas, ya que ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales. Por lo demás hemos señalado también que no es bastante para alejar la sospecha de lesión constitucional la sola invocación por la Administración de una potestad genérica o de una norma para motivar un acto o medida cuando se trate de actos administrativos que limiten derechos fundamentales”<sup>107</sup>.*

---

<sup>107</sup> Tribunal Constitucional (Sala Segunda), Sentencia núm. 144/2006 de 8 mayo.



*D. El control judicial de la discrecionalidad técnica.*

Posiblemente, una de las mayores controversias que se ha desarrollado en la doctrina referente a la discrecionalidad técnica, se enfoca hacia si es posible o no el control judicial de la misma. La razón de la controversia tiene relevancia y guarda una clara relación con las obligaciones constitucionales del Estado Social de Derecho; esto es, impedir que el Poder Judicial sustituya a las Administraciones Públicas en sus atribuciones constitucionales y en que se respete, efectivamente, el marco jurídico en el que operan éstas. Claramente, dichas razones son justificadas y encuentran un importante sustento jurídico. Sin embargo, la importancia de la controversia referida se encuentra en determinar cómo es posible definir un ámbito de control para la discrecionalidad técnica, respetando los ámbitos de valoración de las Administraciones Públicas, y que sin que se llegue a sustituir sus funciones. Al mismo tiempo, debe de encontrarse una solución para que el control judicial que se lleve a cabo sea eficaz y apropiado, impidiendo que, a nombre de la discrecionalidad técnica, se violen derechos fundamentales, el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad, el de Objetividad y la tutela judicial efectiva.

En este sentido, el Profesor Parejo Alfonso ha destacado con claridad que “*decir discrecionalidad no es decir exención de la acción administrativa del control judicial, pues ésta supondría infracción del artículo 106.1 de la CE... De ahí que nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa niegue, con acierto, el carácter ilimitado de*

*las potestades y las competencias discrecionales y afirme, por tanto, el control judicial de su ejercicio.”*<sup>108</sup> De esta forma, concluye, manifestando que *“la peculiaridad principal de estas técnicas consiste precisamente en su límite, en la medida en que su virtualidad real es la de cernir los elementos en realidad no discrecionales incrustados en la potestad-competencia discrecional y asegurar el respeto del umbral legítimo de la estricta discrecionalidad; de ahí que no habiliten a los Tribunales para sustituir, por una propia, las decisiones administrativas de este último carácter”*.<sup>109</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Supremo parece no resolver estas inquietudes.<sup>110</sup> La lucha para establecer los límites respectivos de los ámbitos jurídicos que deben de ser determinados no ha podido ser realizada con precisión, y por lo tanto, existe un grado de inseguridad en cuanto al control de la discrecionalidad técnica.<sup>111</sup> Y, si bien pueden existir líneas jurisprudenciales más uniformes, la tendencia parecería no satisfacer los diferentes preceptos constitucionales, citados anteriormente. El control judicial de la discrecionalidad técnica, por parte del Tribunal Supremo, puede considerarse como poco sistemático. La principal razón para tal aseveración radica en que se dan aplicaciones sumamente distintas según las diversas aplicaciones

---

<sup>108</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo...*, p. 630

<sup>109</sup> *Ibíd.*

<sup>110</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...*, p.69. Debe destacarse que, recientemente, el Tribunal Constitucional sí ha dejado claro que hay control judicial de la discrecionalidad técnica; ver Sentencia del Tribunal Constitucional No. 38/2007 de 15 febrero.

<sup>111</sup> *Ibíd.*

administrativas que se lleven a cabo; todas las actividades tienen como punto en común el hecho de que se encuentran basadas en la discrecionalidad técnica.<sup>112</sup>

En efecto, el control judicial de la discrecionalidad técnica, en lo que se refiere a concursos, oposiciones, exámenes académicos y juicios de idoneidad, es sumamente restringido.<sup>113</sup> Y, por el contrario, en lo que se refiere a otras actividades, tales como la determinación de un justiprecio, el estado de ruina de un edificio, elementos de nutrición para su registro sanitario, el concepto de utilidad en modelos industriales y las apreciaciones de Tribunales Médicos, reciben un control mucho más estricto y rígido que, incluso, pueda dar lugar a sustituciones de criterios administrativos por judiciales.<sup>114</sup>

En este sentido, por un lado, se ha afirmado que el carácter soberano de los órganos a cargo de los concursos, oposiciones, exámenes académicos y juicios de idoneidad, en razón de su experiencia, impide un control judicial profundo.<sup>115</sup> Asimismo, se ha llegado a estipular que, en razón del conocimiento circunstancial de los procedimientos que se llevan a cabo, no cabe ningún tipo de sustitución judicial a los criterios administrativos.<sup>116</sup> Adicionalmente, se ha señalado que el hecho de que sean conocimientos técnicos<sup>117</sup> los que están en discusión, que no son del conocimiento del

---

<sup>112</sup> *Ibídem*, p. 70.

<sup>113</sup> *Ibídem*.

<sup>114</sup> *Ibídem*, p. 81.

<sup>115</sup> SST(3) de 15 de mayo de 1991 y de 20 de octubre de 1992.

<sup>116</sup> STS(3) de 5 de junio de 1995.

<sup>117</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...*, p.74.

Juez<sup>118</sup>, también impiden un control judicial; la prueba pericial tampoco se ha permitido, pues implicaría ponerla sobre las valoraciones de los órganos llamados a realizar la valoración primordial.<sup>119</sup>

Sin embargo, a pesar de ello, en lo que se refiere a actividades administrativas de otra índole, como lo son las expropiaciones, se admite un pleno control, el cual se basa, principalmente, sobre la prueba pericial.<sup>120</sup> Como bien se ha afirmado, *los tribunales no aducen el carácter soberano de los Jurados de Expropiación o de las autoridades administrativas competentes para realizar la valoración técnica en los casos restantes, ni el carácter técnico de las apreciaciones se considera un obstáculo para llevar a cabo un control, incluso sustitutivo, de la resolución administrativa, ni se niega la virtualidad de la prueba pericial.*<sup>121</sup> Por lo tanto, puede comprobarse cómo se lleva a cabo un control completamente distinto de la discrecionalidad técnica, dependiendo de las diversas actividades administrativas que se estén llevando a cabo. Indudablemente, dicha divergencia únicamente causa inseguridad en el ámbito jurídico, y no permite llevar a cabo las delimitaciones necesarias.

Sin embargo, es necesario destacar, que, recientemente, se ha puesto mayor énfasis en lo que se refiere al expreso reconocimiento de la necesidad de llevar a cabo

---

<sup>118</sup> SSTs(3) de 26 de julio de 1993 y 2 de noviembre de 1990.

<sup>119</sup> STS(3) de 11 de abril de 1994.

<sup>120</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del...*, p.82.

<sup>121</sup> *Ibídem*.

un control judicial de la discrecionalidad técnica; dicho elemento no siempre resultaba claro de las sentencias del Tribunal Supremo, señaladas anteriormente.

En este sentido, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se señaló *“que la existencia de la discrecionalidad técnica no supone desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24.1 de la Constitución ( RCL 1978, 2836) , ni del Principio de sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1), y si bien reconoce cierta limitación de los Tribunales de justicia en el control de esta actividad administrativa, señala que si el órgano judicial diera por buena, sin más, la decisión administrativa sin realizar el control exigible de la misma que impone el artículo 24.1 CE, vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial”*.<sup>122</sup>

Siguiendo la misma línea, se afirmó que *“el ejercicio por la Administración de la discrecionalidad técnica que las normas le atribuyen en determinados supuestos no está exento de control jurisdiccional. No sólo corresponde a los Tribunales determinar si se está o no ante potestades de esa naturaleza, sino que, incluso cuando así sea, podrán utilizar todos los instrumentos que permiten su fiscalización para evitar que deriven en arbitrariedad: entre ellos el control de los hechos y de su apreciación por la Administración, el de elementos reglados contemplados por las normas aplicables, entre*

---

<sup>122</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 22 marzo 2005.

*los que se cuentan los conceptos jurídicos indeterminados, la racionalidad de la motivación, la congruencia de las medidas adoptadas y su proporcionalidad, así como la prohibición de perseguir fines distintos de los señalados por las normas que habilitan la potestad discrecional que se ejerce.”<sup>123</sup>*

Adicionalmente, se indicó también que, **“y le es por ello de aplicación lo que reiteradamente esta Sala viene declarando sobre las actuaciones que se incardinan en la llamada discrecionalidad técnica: que el órgano jurisdiccional debe respetar esa valoración mientras no se acredite de manera eficaz su evidente error (en este proceso no hay base para apreciar esa clase de error)”<sup>124</sup>**(el resaltado no es del original). Finalmente, se ha intentado precisar más el control judicial, estableciendo, en relación a la discrecionalidad técnica, que **“hay que conceder a los órganos competentes un margen de libertad, realizándose su control cuando ésta se ejerza de forma arbitraria o irracional, o en contra de la Ley.”** (el resaltado no es del original)<sup>125</sup>

Paralelamente, las resoluciones del Tribunal Constitucional apuntan de manera más categórica a no llevar a cabo control alguno de cuestiones técnicas. En efecto, sentencias tales como la 39/1983, de 17 de mayo, 110/1991, de 20 de mayo, 97/1993 de 22 de marzo y 353/1993, de 22 de noviembre, destacan cómo la presencia de

---

<sup>123</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 7 marzo 2005.

<sup>124</sup> RJ 2004\4254, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 7 mayo 2004.

<sup>125</sup> RJ 2004\2022, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 9 marzo 2004

elementos técnicos, impide su control judicial y, en ninguna forma, afectan de forma negativa la tutela judicial efectiva.<sup>126</sup>

Así, en la sentencia 39/1983, de 17 de mayo, del citado tribunal, se estipula que una remisión normativa a una valoración técnica implica que el órgano administrativo se encontrará inmune al control judicial, en razón de los elementos técnicos que le componen, lo cual le convierte en una cuestión de legalidad que no afecta la tutela judicial efectiva<sup>127</sup>. En igual sentido se expresa en la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/1993 de 22 de marzo. Por otra parte, la sentencia 110/1991, de 20 de mayo el Tribunal enfatiza la necesidad de corroborar de que los datos valorados, en una determinación al acceso a la función pública, para garantizar el derecho a la misma y a que aquellos, no sean erróneos.<sup>128</sup> Las sentencias 353/1993, de 22 de noviembre y 34/1995, de 6 de febrero, resaltan, nuevamente, la no violación a la tutela judicial efectiva en razón de un control judicial limitado. Sin embargo, sí se ha notado una mayor tendencia para realizar un control mayor, como se verá más adelante.<sup>129</sup> En definitiva, se puede concluir que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no precisa los criterios necesarios para llevar a cabo el control judicial de la discrecionalidad técnica, y el Tribunal Constitucional justifica su limitación.

---

<sup>126</sup> *Ibídem*, p.87-97.

<sup>127</sup> *Ibídem*, 89.

<sup>128</sup> *Ibídem*, p. 91.

<sup>129</sup> Véase, en este sentido, las sentencias RTC 2000\138, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 138/2000 (Sala Segunda), de 29 mayo y RTC 2004\219, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 219/2004 (Sala Segunda ), de 29 noviembre.

De los elementos destacados tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo, puede determinarse la falta de precisión a la hora de establecer el control jurídico de la discrecionalidad técnica. A pesar de que sí existen ciertas nociones claras de los criterios jurídicos a seguir, ninguno de los dos Tribunales ha podido encontrar una solución que se ajuste y satisfaga las exigencias constitucionales de la tutela judicial efectiva y que mantenga una adecuada protección a las funciones administrativas. Claramente, dicho elemento es el clave, y el que debe resolverse prioritariamente.

Sin embargo, lo que sí debe de rescatarse, y además de eso, enfatizarse directamente, es la necesidad y validez del control judicial por parte del Poder Judicial. De esta forma, no es válido, constitucionalmente, limitar el control judicial, sino que más bien, hay que definirlo. Así, una vez que se defina, y no limite, el control judicial, se logrará establecer los criterios que permitan cumplir a las Administraciones Públicas con los mandatos constitucionales del Estado Social de Derecho, y a proteger, verdaderamente, a la tutela judicial efectiva.

En otras palabras, no es válido recurrir a instrumentos jurídicos para limitar o desvalorar un derecho fundamental. Y, en este sentido, es necesario destacar que, sí hay que velar por la definición de un verdadero control judicial sin limitaciones, pero sí con precisiones, y no puede prescindirse de medios probatorios aptos, como lo es la prueba pericial; de lo contrario, el control sería incompleto y se vulneraría el artículo 24.2 de la Constitución Española, en el caso español. Por lo tanto, debe establecerse un



medio de control judicial de la discrecionalidad técnica que verdaderamente garantice la tutela judicial efectiva y los distintos criterios valorativos de las Administraciones Públicas.

La doctrina más destacada ha logrado definir y determinar con considerable precisión la gran mayoría de los problemas técnico-jurídicos que se desarrollan en torno a la discrecionalidad técnica. En este sentido, se han destacado los problemas relacionados con su definición, su desarrollo con los conceptos jurídicos indeterminados, el cuestionamiento de su necesaria motivación y si se debía o no controlarlos judicialmente. Claramente, dichos problemas, incluso en la actualidad, presentan una considerable ambigüedad.

Sin embargo, a pesar de haber acertado en definir y precisar el ámbito de los problemas jurídicos, la concentración en dicha labor no ha permitido que se tomaran medidas para construir, en definitiva, el marco operativo para controlar judicialmente la discrecionalidad técnica. En otras palabras, no se ha logrado establecer una construcción jurídica que satisfaga las exigencias constitucionales de la tutela judicial efectiva, y que garantice, a la vez, la eficiencia administrativa. En efecto, dicha construcción permitiría garantizar que se fuese a dar un control efectivo y adecuado de las actividades administrativas que se desarrollen en torno a la discrecionalidad técnica administrativa, y, a la vez, permitiría que se respetasen los criterios de los órganos que llevan a cabo su labor en dichos ámbitos.

Claro está, que para poder llevar a cabo de manera efectiva dicha construcción, se hace necesario partir de ciertas bases jurídicas que permitirán el desarrollo de una construcción teórica razonable y adecuada, que se ajuste al esquema constitucional. En este sentido, el análisis hecho en torno a la figura de la discrecionalidad técnica brinda los elementos necesarios que deben de servir de base.

Primero que todo, se hace una precisión concisa sobre en qué consiste lo técnico, y cómo dicho elemento condiciona la discrecionalidad. Asimismo, se determinó el ámbito y el espacio jurídico en torno al cual se desarrolló. En segundo lugar, se estableció la forma en que se relaciona con los denominados conceptos jurídicos indeterminados, y cómo la discrecionalidad técnica no se agota en torno a los mismos. Adicionalmente, se llegó a establecer cómo la discrecionalidad técnica implica, necesariamente, una motivación adecuada y completa; su propia naturaleza así lo requiere. Finalmente, se concluyó que la tutela judicial efectiva genera la obligación de llevar a cabo un control judicial efectivo de la discrecionalidad técnica; claro está, un control efectivo también quiere decir que no se llevarán a cabo sustituciones improcedentes por parte del Poder Judicial.

Por lo tanto, cualquier construcción jurídica que se realice en torno a la delimitación o definición del control judicial de la discrecionalidad técnica, tendrá que necesariamente elaborarse sobre dichos aspectos. De lo contrario, podría dudarse de su constitucionalidad. Además, cabe establecer que de no llevarse a cabo una construcción jurídica que satisfaga plenamente la cuestión del control judicial de la

discrecionalidad técnica, la inseguridad jurídica se continuará fomentando, así como posibles abusos de poder y una jurisprudencia contradictoria e incompleta. Sin duda alguna, los diferentes cuestionamientos realizados en torno a la discrecionalidad técnica no se podrán resolver favorablemente, hasta tanto no se llegue a establecer una construcción jurídica apropiada que solucione las mismas.

Paralelamente a estas observaciones, es necesario tomar en cuenta cómo se ha analizado y tratado dicha situación en los Estados Unidos de América. Concretamente, utilizando el concepto de la deferencia, y cómo por medio de la misma, se lleva a cabo un control de las interpretaciones técnicas que llevan a cabo las agencias federales. De esta forma, puede comprobarse cómo por medio de la utilización de la deferencia se puede intentar satisfacer la tutela judicial efectiva y las valoraciones llevadas a cabo por las Administraciones Públicas.

Por ende, surge la duda de si es posible inspirarse de ciertos rasgos propios del concepto de deferencia en el ordenamiento jurídico español, específicamente en lo que se refiere a la discrecionalidad técnica, y cómo puede realizarse dicha aplicación. Si llegara a concluirse que es posible, se realizaría una aproximación importante que puede servir para completar las lagunas que existen en relación con la delimitación y definición del control judicial de la discrecionalidad técnica; y, lo que es más importante, por medio de elementos jurídicos que garantizarían los valores y principios constitucionales que se han citado. Por ende, dicha precisión resulta claramente relevante.

A. *La aplicación del concepto de Deferencia en el ámbito español.*

En este sentido, como punto de partida, es relevante señalar que ha existido, en el ámbito jurisprudencial español, una aplicación del concepto de deferencia, por parte del Tribunal Constitucional. Específicamente, se ha llegado a establecer, por parte del máximo intérprete de la Constitución Española, que, en lo que se refiere a su área de análisis, resulta necesario *“circunscribirse las lindes de nuestro ámbito de enjuiciamiento al terreno estricto del derecho a la tutela judicial efectiva, con cuanto ello comporta en términos de contención y deferencia frente a valoraciones y juicios del Poder Judicial en el ámbito jurisdiccional que le es propio y exclusivo”*.<sup>130</sup>

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional reconoce, aunque vagamente, la existencia del concepto de deferencia a favor del Poder Judicial, en lo que se refiere al método de análisis jurídico que le corresponde. A pesar de ello, dicho concepto de deferencia, aunque similar, no es idéntico a los parámetros que se han venido definiendo y que sí se utilizan en los Estados Unidos de América. Por un lado, no llega a definir a la deferencia como tal ni a reconocerla como un elemento propio y característico del control judicial como recordemos sí se ha realizado en otros supuestos. Y, por el otro, no indica que sea un criterio a tener en cuenta en cualquier control público jurisdiccional. Pero, a pesar de esto, se puede decir que cierto tipo de rasgos definitivos y propios de una noción de deferencia sí se han reconocido en España. De esta forma, puede comprobarse, que

---

<sup>130</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 5/2004 (Sala Segunda), de 16 enero.

aunque en la doctrina y jurisprudencia de España las menciones a la deferencia hayan sido pocas y poco precisas, los elementos distintivos que le definen son consistentes con lo que la jurisprudencia de los Estados Unidos de América ha reconocido como tal.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tratado levemente lo referente a la deferencia. Sin embargo, ha carecido de un análisis detallado del mismo, limitándose a hacer alusiones generales sobre lo que consiste. Adicionalmente, en ningún momento se ha llegado a profundizar su posible impacto en el ámbito jurídico administrativo, ni cómo manejar su adaptación al ordenamiento jurídico español. Asimismo, resulta importante señalar que, a pesar de tener su fundamento, base u origen en jurisprudencia de los Estados Unidos de América, no se lleva a cabo ninguna mención de la misma.

Igualmente, la doctrina también se ha manifestado en relación a la deferencia en el ámbito de la discrecionalidad técnica. Concretamente, el Profesor Luciano Parejo, ha manifestado que *“de ahí que den lugar a un derecho preferente de apreciación, valoración o juicio a favor de la Administración.”*<sup>131</sup> Por lo tanto, se darían dos consecuencias de importancia. En primer lugar, *“la necesaria aceptación de la decisión tomada por la Administración y su no sustitución por un juicio propio, siempre que aquélla se mantenga dentro de los límites de tolerancia deducidos de la interpretación del pertinente concepto hecha por el propio Juez.”*<sup>132</sup>

---

<sup>131</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho...*, p. 627.

<sup>132</sup> *Ibíd.*

Y, en segundo lugar, *“la exigencia del respeto de los argumentos o motivaciones administrativos que superen el test de <<razonabilidad>>, es decir, que no sean concluyentemente rebatibles en términos estrictamente jurídicos. En definitiva, los conceptos que nos ocupan se traducen en que dan lugar a un elenco o abanico más o menos amplio de posibilidades legítimas de decisión-en tanto que motivadas y justificadas en términos razonables; términos éstos, que acotan su control judicial-por lo que respecta a la concurrencia o no del supuesto del hecho”.*<sup>133</sup>

Por otra parte, en lo que se refiere al concepto de deferencia, el Tribunal Supremo ha manifestado que *“la extensión y los límites del control jurisdiccional de la potestad reglamentaria no supone reconocer un espacio de inmunidad a la actuación normativa del Gobierno, que se soporte en el controvertido Principio de deferencia del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, que no se reconoce en el artículo 106 de la Constitución, sino someter la disposición general a un escrutinio riguroso basado en la aplicación de cánones de estricta legalidad, para no cercenar arbitrariamente el margen de decisión que corresponde legítimamente al Gobierno.”*<sup>134</sup> Como puede observarse, a pesar de que se reconoce parcialmente lo referente al concepto de deferencia, la observación del Tribunal Supremo resulta vaga, y no se ajusta a los parámetros que se han venido desarrollando.

---

<sup>133</sup> Ibídem.

<sup>134</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 7 febrero 2005.

Primero que todo, no resulta correcto afirmar que se está en presencia del Principio de Deferencia. Como bien se ha venido señalando, la deferencia es un concepto propio del derecho administrativo, que vendrá a colocar un énfasis o peso razonable sobre las valoraciones técnicas de las Administraciones Públicas. Y, en segundo lugar, no tiene sentido señalar el no reconocimiento del mismo en el artículo 106 de la Constitución Española, por cuanto, como bien se ha señalado, la aplicación de la deferencia no tiene como consecuencia una limitación o disminución del control judicial; se refiere a la posible definición del control judicial de la discrecionalidad técnica en rasgos propios del concepto de deferencia norteamericano.

Adicionalmente, también se ha afirmado, por parte del Tribunal Supremo, que *“la interpretación de la Sala del artículo 1.2 del Reglamento no supone quebrantamiento del Principio institucional de deferencia del poder judicial hacia el poder ejecutivo, en su capacidad de configuración normativa, al no contradecir la sujeción al Principio de legalidad, ni propiciar ningún espacio de inmunidad de la actuación administrativa al aplicar este precepto reglamentario de conformidad con los artículos 24, 97, 106 y 117 de la Constitución.”*<sup>135</sup> En dicha afirmación, nuevamente se procede a determinar aspectos propios de la deferencia. Sin embargo, la clarificación y especificación del mismo no se da, causando que no sea posible conocer su verdadera aplicación y límites.

---

<sup>135</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 2 diciembre 2004.

Por otra parte, el Tribunal Supremo sí ha procedido a determinar el paralelismo y la relación existente entre la deferencia y la discrecionalidad técnica. En efecto, se indicó que “en realidad, este procedimiento de análisis no es sino un enriquecimiento y profundización del que nos ofrece la vieja disciplina de la llamada discrecionalidad técnica, que tan acostumbrados estamos a aplicar y que nos aconseja, valorando el procedimiento seguido para la toma de las decisiones y la significación de imparcialidad y competencia técnica del órgano que las ha adoptado y de los asesoramientos de que ha disfrutado, dejar un margen amplio (lo que tribunales de otros países llaman reconocer una deferencia) fundado en la confianza que pueda merecernos un juicio emitido en aquellas condiciones, reinterpretando así el Principio de presunción de validez de los actos administrativos, que no puede transformarse en un dogma que dificulte nuestra función, pero tampoco quedar reducido a un «flatus vocis» cuando se nos ofrezca como técnica útil para el enjuiciamiento.” (el resaltado no es del original)<sup>136</sup>

Dicha sentencia, es precisamente, la que describe de mejor manera, y que reconoce verdaderamente la útil y válida aplicación de rasgos propios de la deferencia en el ámbito de la discrecionalidad técnica. No sólo identifica sus elementos principales, sino que también procede a desarrollarlos apropiadamente en el ámbito jurídico administrativo. Por ende, sí puede hablarse válidamente de la existencia de una serie

---

<sup>136</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Pleno), de 4 abril 1997.



de conceptos y rasgos, comunes a la deferencia norteamericana, que se encuentran en España, y deben de tomarse en cuenta como elemento jurídicos del Derecho Administrativo que podrían facilitar la definición del control judicial de las Administraciones Públicas.

*F. La relación entre los posibles rasgos característicos de la deferencia y el control judicial de la discrecionalidad técnica.*

De esta forma, al comprobarse que ciertos elementos característicos que pueden relacionarse con la deferencia pueden reconocerse, en el ámbito administrativo español, es necesario determinar su importancia en lo que se refiere a la discrecionalidad técnica. Precisamente, debe resaltarse, que estos podrían permitir que un adecuado balance constitucional existiese entre los tres poderes, al momento de controlar judicialmente la discrecionalidad técnica. De no aplicarse los mismos, por parte del Poder Judicial a las Administraciones Públicas al controlar la discrecionalidad técnica, éste podría incurrir en activismo judicial y usurpar competencias constitucionales que no le incumben. Igualmente, puede considerarse que la utilización de estos rasgos característicos a favor de la rama ejecutiva, en lo referente a la discrecionalidad técnica, podría implicar que se estuviese utilizando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva para justificar la violación al Principio de Eficacia

y de Objetividad, ambos de rango constitucional, por su consagración en el artículo 103.1 de la Constitución Española, en lo que se refiere al caso español.

Como bien se ha indicado anteriormente, a la hora de definir el control judicial de la discrecionalidad técnica, dicho conflicto jurídico es el que suele resaltarse. El mismo no resulta nuevo, y su presencia en el ámbito de la discrecionalidad técnica simplemente refleja su importancia a nivel del Derecho Administrativo. Sin embargo, la identificación de rasgos propios del concepto de deferencia como un elemento jurídico relevante y útil en un Estado Social de Derecho, como uno de los puentes para mantener un equilibrio balanceado entre los tres poderes, puede permitir utilizarle como uno de los medios para poder intentar establecer las bases del análisis judicial de la discrecionalidad técnica. Por lo tanto, puede desprenderse de dichas observaciones que los elementos que se han venido señalando serán importantes para procurar definir el control judicial de la discrecionalidad técnica.

*G. Los rasgos distintivos de la deferencia reconocidos pueden permitir o facilitar el control judicial de la discrecionalidad técnica.*

La discrecionalidad técnica debe de ser controlada a nivel judicial, pero la definición de cómo se llevará a cabo, aún no ha sido precisada. Precisamente, el concepto de deferencia trae consigo un importante elemento, que es, la permisibilidad del control judicial. Lejos de tener que debatir sobre la viabilidad o no, y de las posibles

consecuencias que traería consigo, el control judicial no se cuestiona en ningún momento. Los rasgos distintivos del concepto de deferencia permiten incorporar un control judicial adecuado y razonable de la discrecionalidad técnica para poder garantizar una tutela judicial adecuada, y, además, evitar abusos de poder por parte de las Administraciones Públicas.

Al mismo tiempo, es necesario resaltar que los elementos propios de la deferencia que se han reconocido no implican un sometimiento absoluto del Poder Judicial a los criterios y valoraciones de las Administraciones Públicas. Primero que todo, un concepto jurídico que justifique la preeminencia de la rama ejecutiva sobre la judicial, sería claramente inconstitucional, pues destruiría el balance que debe imperar en el esquema estructural que se define. Asimismo, un sometimiento sería contrario a la tutela judicial efectiva, limitando el acceso de los ciudadanos a controlar la actividad pública. Adicionalmente, el sometimiento desnaturalizaría absolutamente el control judicial y los fines para los que el mismo existe; de nada serviría controlar a la rama ejecutiva si el que la controlara depende de ésta.

En este sentido, pueden utilizarse los rasgos señalados para encontrar el necesario balance para definir el control judicial. Específicamente, representan el equilibrio exigido constitucionalmente, por cuanto permiten el control judicial, pero, a la vez, no justifican ni fomentan la sustitución de los criterios valorativos de las Administraciones Públicas. En otras palabras, constituirán un elemento jurídico que permitirá garantizar el balance constitucional necesario, manteniendo la tutela judicial efectiva, y sin

perjudicar los Principios de Eficacia y de Objetividad. Por lo tanto, dado que estos pueden facilitar la labor de definir el ámbito de control judicial, cualquier construcción jurídica que se refiera a la discrecionalidad técnica, se beneficiará de su utilización.

*H. La presencia de rasgos distintivos de la deferencia en las Administraciones Públicas.*

La deferencia, o lo que es lo mismo, el otorgar un peso y reconocimiento específico a las valoraciones de las Administraciones Públicas, es un concepto primordialmente desarrollado en los Estados Unidos de América. Concretamente, es un concepto que se asemeja y aplica conjuntamente junto con el Principio de Ejecutividad del acto administrativo, al igual que de su presunción de validez; así, se presumirá ésta, lo que implicará que, en lo que se refiere a la discrecionalidad técnica, las valoraciones técnicas, en Principio, se deben de considerar como adecuadas y razonables.

Por lo tanto, dar deferencia a las Administraciones Públicas no puede considerarse como una sobrevaloración de éstas, ni un sometimiento del Poder Judicial al mismo. En efecto, puede resultar ser un elemento armónico con el esquema estructural del Derecho Administrativo contemporáneo, lo que se refleja en su afinidad al Principio de Ejecutividad. Igualmente, y como ya se ha señalado, estos rasgos distintivos de la deferencia podrán permitir un acoplamiento adecuado y correcto de los preceptos y mandatos constitucionales a la cuestión de la discrecionalidad técnica.

En este sentido, cabe destacar que es necesario determinar un concepto preciso de qué y cómo deben de entenderse estos rasgos distintivos de la deferencia. De esta forma, se logrará establecer la mejor manera para poder definir el control judicial que debe de otorgarse a la discrecionalidad técnica. Consecuentemente, resulta imprescindible partir de las características propias que les definen.

En primer término, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la deferencia como la *“adhesión al dictamen o proceder ajeno, por respeto o por excesiva moderación”*. El concepto literal de deferencia destaca un respeto o valor específico a favor de uno o varios criterios; ello implicará que, a diferencia de cualquier otra valoración, de la cual únicamente se presume su correspondencia con el ordenamiento administrativo y ejecutividad, la deferencia resaltará un realce a la hora de considerar su validez jurídica. Específicamente, en los razonamientos políticos y de programas específicos debe de hablarse de deferencia, por cuanto la labor del Juez, y más que todo, por su falta de legitimación democrática, no es de planificación. Claro está, de existir criterios jurídicos que invaliden la valoración administrativa, su acción queda justificada. Sin embargo, establecer los criterios para delimitar la validez de dicha acción por parte del Juez resulta ser la más difícil.

De esta forma, se resalta la segunda característica que se ha percibido. Claramente, se refleja un realce y un respeto a los esfuerzos valorativos de las Administraciones Públicas, pero no infalibilidad jurídica. En otras palabras, el hecho de que haya que otorgarles un valor considerable no implica que los mismos no puedan ser

controlados ni anulados si existiese una violación por ser estos contrarios a derecho. Este realce no es una habilitación para que se deje de lado el Principio de Legalidad ni se haga excepción al Estado Social de Derecho. Éste viene a definir el papel del Juez para que éste no incurra en acciones de activismo judicial que rompen con la armonía constitucional y el necesario balance que exige la norma fundamental; no se justifica ni intuye un sometimiento del Poder Judicial a las Administraciones Públicas.

Finalmente, el realce, en el grado de respeto que contiene, no puede pretender ser uno de tal envergadura que neutralice o impida el control judicial; dicha concepción sería incompatible con el modelo constitucional español y, podría decirse que, en general, con los europeos. Por el contrario, al ser un instrumento de balance, dada su aplicación en el Derecho Administrativo, no puede venir a justificar la imposición de las atribuciones de un Poder del Estado sobre otro; ello sería evidentemente contradictorio. Consecuentemente, puede concluirse que una aplicación adecuada y responsable, en base a una definición clara y precisa, permite la utilización de estos rasgos distintivos para intentar definir el control judicial de la discrecionalidad técnica.

En razón de ello, cabe delimitar el concepto de estos rasgos distintivos con base a los elementos y características reseñadas. Así, pueden definirse como el respeto y realce que deben de brindar los órganos controladores de las Administraciones Públicas a las valoraciones de éstas; este respeto o realce no puede impedir el control efectivo de los actos administrativos en cuestión ni que justifique o implique que la posición de las Administraciones Públicas se encuentran por encima del Poder Judicial.

*I. Los límites del realce a favor de las Administraciones Públicas.*

Claro está, que la definición hecha, requiere, necesariamente, del establecimiento de un límite a la misma. En otras palabras, una determinación de cuando el realce cede al control judicial. Como bien se indicó anteriormente, estos rasgos distintivos, propios de la deferencia, no pueden utilizarse para impedir o limitar el control judicial. Por ende, resulta necesario delimitar cómo puede el Juez concluir que un concepto, a pesar del respeto que merece, resulta inválido. En otras palabras, cómo puede hacer un Juez para concluir que, a pesar de la importancia que le otorgó a determinada valoración de las Administraciones Públicas, la misma resulta inválida.

Evidentemente, no delimitar la aplicación de este realce, a pesar de tener un concepto claro y preciso del mismo, impediría dar u otorgar una solución adecuada al problema del control judicial de la discrecionalidad técnica. Indudablemente, los límites vendrían a ser los que se utilizarían para controlar la discrecionalidad técnica. La determinación de dicho límite resulta esencial, ya que de lo contrario dichos rasgos podrían limitar el deber constitucional del Poder Judicial.

Dicha afirmación permite concluir que los elementos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, específicamente los del caso *Chevron*, permiten definir los límites del concepto elaborado. Precisamente, estos serán en torno a la razonabilidad de la construcción jurídica que realicen las Administraciones Públicas en relación a la norma habilitante. En otras

palabras, en tanto la aplicación de la discrecionalidad técnica, por parte del órgano competente, sea irrazonable, la misma será inválida.

Dicho criterio ha sido reconocido, incluso, por el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia STC 34/1995 de 6 de febrero.<sup>137</sup> Sin embargo, inmediatamente emerge la duda de qué se entenderá como razonable o irrazonable, cuestión, que, sin duda alguna, no es sencilla de resolver.

Los primeros criterios que deberían considerarse para responder a la pregunta planteada serían los recogidos en el *Administrative Procedure Act*<sup>138</sup>. Recordemos que allí se establece de si es arbitraria, caprichosa, o, contraria a la ley habilitante. Dicho criterio resulta sumamente adecuado, pues logra distinguir los principales aspectos que deben de tomarse en cuenta a la hora de determinar la validez de un acto administrativo. Concretamente, en una primera valoración se determina su conformidad con el ordenamiento jurídico y si existe un abuso de poder. Por ende, la razonabilidad de la valoración producto de la discrecionalidad técnica será producto de si la misma se ajusta razonablemente a la norma habilitante, al ordenamiento jurídico y no constituye un abuso de poder. De lo contrario, el concepto diseñado obliga a que la decisión tomada por el órgano administrativo competente, sea respetada.

---

<sup>137</sup> Alguacil Marí, Pilar. *Discrecionalidad técnica en la comprobación tributaria de valores: La problemática de su control judicial*. Diálogo: Madrid, 1999, p. 169-170. Igualmente, dicha autora hace referencia sobre el análisis de razonabilidad. Véase, *Ibíd*em, p. 173.

<sup>138</sup> 5 U.S.C. § 706 (A)



*J. La posibilidad de que existan distintos grados de aplicación del realce a favor de las Administraciones Públicas.*

La precisión de los elementos destacados lleva a la necesaria cuestión de si existen, o deberían de reconocerse, diversos grados o tipos de realce a favor de las Administraciones Públicas. Dicho problema no sólo deviene de los aspectos que se han venido definiendo, sino que también de la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, la cual ha tratado considerablemente el tema de la deferencia.

Concretamente, el citado Tribunal al resolver el caso *U.S. vs. Mead*, procedió a identificar, con apoyo en la doctrina sentada en el caso *Skidmore*, que podían reconocerse diversos grados de deferencia. A pesar de las dudas sobre si dicho criterio se acoge o no a las bases sentadas en *Chevron*, y a las puntuales observaciones del Magistrado Scalia en su voto particular, la posibilidad de que se den diversos grados de deferencia no resulta una cuestión inútil. Claramente, las actuaciones administrativas, y las distintas formas de los actos administrativos, pueden permitir la conclusión de que es posible que la deferencia se maneje o se exprese de diferentes maneras.

Sin embargo, es necesario enfatizar un elemento propio que resalta de la opinión disidente de Scalia: la simplicidad y el pragmatismo en el Derecho. La apertura a distintos grados de deferencia, sin un criterio unívoco, claro y preciso que permita determinar y definir sus distintas clases, sólo determinará la existencia de un caos jurídico en el Derecho Administrativo. Por el contrario, la existencia de un concepto

uniforme y unívoco de deferencia, permite su utilización de forma útil, práctica y técnica.

De igual manera, de permitirse la identificación de diferentes grados de deferencia, determinar su aplicación en el control judicial de la discrecionalidad técnica, sería sumamente dificultoso y complicado. Adicionalmente, podrían surgir problemas adicionales, relacionados con el principio de igualdad, de objetividad y de interdicción de la arbitrariedad. Evidentemente, de otorgar un grado de deferencia más fuerte a ciertos órganos administrativos que a otros, requeriría un desarrollo jurídico de tal complejidad, que, posiblemente, caería por su propio peso.

Por ende, una utilización razonable, adecuada y unívoca del concepto de deferencia facilita la labor del Juez, sin simplificar el aspecto técnico en el ámbito jurídico; se da una simplificación que favorece al Derecho. De esta forma, las valoraciones basadas en la discrecionalidad técnica de las Administraciones Públicas tienen un único y propio grado de realce, según los elementos que se han venido estableciendo; existirá a favor de éstas cuando hagan una valoración de orden técnico, con base en el concepto desarrollado de discrecionalidad técnica, para garantizar el funcionamiento y la estructura del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, debe partirse de la base de que el realce es uno, y su utilización no puede darse en formas variadas, porque más bien complicaría la situación que está llamada a resolver.

*K. Recapitulación: El concepto elaborado en base a los elementos distintivos de la deferencia puede permitir o facilitar a definir el control judicial de la discrecionalidad técnica.*

Cada uno de los elementos listados, precisados y analizados permite estructurar un esquema jurídico que vendrá a definir el control judicial de la discrecionalidad técnica. Concretamente, emerge un panorama dinámico, pero sencillo, de los aspectos propios del Derecho Administrativo, que permitirán satisfacer uno de los mayores problemas actuales; esto es, proceder a definir la forma en que el Juez debe de tratar las distintas valoraciones técnicas de las Administraciones Públicas. Si bien los esfuerzos doctrinarios que se han venido realizando han sido determinantes en identificar los principales problemas e incongruencias existentes, dicha labor, generalmente, no ha logrado simplificar los elementos para encontrar una solución única, adecuada, y que permita un manejo práctico al operador jurídico.

Precisamente, para evitar recalcar y enfatizar muchos de los aspectos que con tanta precisión y claridad se han venido desarrollando en el ámbito de la discrecionalidad técnica, se ha procedido a analizar el método utilizado en los Estados Unidos de América. Por ende, se ha podido identificar la forma en que la aplicación de un fortalecimiento a favor del Poder Ejecutivo, dentro del balance constitucional que debe de existir, puede permitir desarrollar un control judicial adecuado. Dicho análisis ha producido la identificación propia de un concepto esencial, como lo es la deferencia judicial hacia las valoraciones técnicas de las Administraciones Públicas; por medio del

mismo, se puede llegar a establecer una forma de control que no limite el funcionamiento eficaz de éstas y no deje en entredicho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, resulta indispensable reconocer que el control judicial debe darse en lo que se refiere a la discrecionalidad técnica. Claramente, negar el control judicial en aras de satisfacer la coherencia lógica de una estructura jurídica viene a negar una importante necesidad en el esquema jurídico de una sociedad democrática y, en un sentido más práctico, deja de reconocer una realidad de que los abusos de poder efectivamente existen.

Por lo tanto, el reconocimiento de la necesidad de un control judicial a la discrecionalidad técnica resuelve un importante primer punto. Sin embargo, luego surge la duda de cómo podrá realizarse el control judicial de un elemento tan delicado sin que llegue a darse una sustitución improcedente de las Administraciones Públicas, y sin que se desprece la tutela judicial efectiva. En este sentido, el elemento jurídico que vendrá a resolver y que traerá balance a la necesidad de un control judicial, será el concepto esbozado alrededor de los elementos propios de la deferencia. Y, como se analizó en detalle, éste no implica un sometimiento ni un desbalance inapropiado en el esquema constitucional. Al contrario, será un reflejo del funcionamiento dinámico y balanceado que debe de tener todo Estado Social de Derecho.

En efecto, el concepto que se estableció permite realizar un control judicial apropiado y constitucional de la discrecionalidad técnica. Específicamente, en el tanto pueda determinarse que la valoración técnica de las Administraciones Públicas no sea

razonable, el Juez se encontrará facultado para ejercer una labor de control; la anulación implicará que el órgano competente deberá de dictar nuevamente el acto en cuestión, utilizando la discrecionalidad técnica correspondiente, pero sin apartarse de los fundamentos y razones debidamente apuntadas por el órgano judicial. Dado que el órgano competente es el experto y el que se encontrará mayormente acreditado para dictar el acto que corresponde, no sería apropiado que el órgano judicial, al determinar la irrazonabilidad del mismo, procediera a dictarlo luego.

Claro está, de determinarse que la construcción jurídica administrativa es razonable, aunque el Juez esté en desacuerdo con el contenido de la misma, éste no podrá anularla. Y, como se ha venido indicando, este concepto se aplica a favor de la discrecionalidad técnica, por lo que puede concluirse que cada una de las valoraciones hechas debe de ajustarse plenamente al ordenamiento jurídico. Igualmente, cada forma que pueda tomar la discrecionalidad técnica estará siempre bajo la influencia del mismo grado de realce. En otras palabras, el realce que se dará es único, y las distintas formas que puede tomar la discrecionalidad técnica estarán sometidas a éste.

Por lo tanto, el control judicial de la discrecionalidad técnica se ha determinado como válido y se ha logrado definir. De esta forma, el Juez se encontrará facultado para determinar la razonabilidad del uso de la discrecionalidad técnica hecho por las Administraciones Públicas, determinando si dicho uso es arbitrario o contrario al ordenamiento jurídico. La determinación de la razonabilidad del mismo se basa y sustenta en el respeto que debe de existir a favor de las Administraciones Públicas, en

materia de discrecionalidad técnica, por parte del Poder Judicial, en razón del necesario balance constitucional que debe de existir entre los tres Poderes del Estado. Asimismo, todos los distintos usos de la discrecionalidad técnica recibirán siempre el mismo grado de realce.

Finalmente, la existencia de este concepto no implica ni conlleva, el sometimiento del Poder Judicial a favor de las Administraciones Públicas. Al contrario, resalta la aplicación de la división de Poderes, y de los principios de objetividad y de eficacia. Consecuentemente, se ha buscado un medio adecuado para definir el control judicial de la discrecionalidad técnica que se ajuste a los Principios constitucionales democráticos esenciales de cualquier Estado Social de Derecho.

*L. Las consecuencias prácticas de la utilización del concepto en cuestión como elemento que puede definir el control judicial de la discrecionalidad técnica.*

El establecimiento de la definición del control judicial de la discrecionalidad técnica tiene un importante número de consecuencias, y a la vez, viene a solucionar y resolver una serie de importantes cuestiones de índole práctico. En efecto, dada la definición de cómo debe de llevar a cabo el Juez el control judicial de la discrecionalidad técnica, dudas acerca de cómo analizar y revisar los concursos, oposiciones, exámenes académicos y juicios de idoneidad, o sobre la utilización de la prueba pericial, se resuelven. Adicionalmente, otros aspectos, como la formulación práctica y el enfoque

del control, por parte del operador jurídico, se verán, considerablemente afectados. En el mismo sentido, la jurisprudencia deberá de adoptar una serie de controles importantes para poder llegar a precisar y definir, con mayor propiedad, la aplicación correcta del grado de razonabilidad. Al mismo tiempo, la viabilidad de la utilización del concepto desarrollado en el ámbito administrativo podrá ser determinada.

*M. Consecuencias prácticas del realce en los concursos, oposiciones, exámenes académicos y juicios de idoneidad.*

Posiblemente, el impacto de la aplicación de este concepto tendrá importantes repercusiones en lo que se refiere a los concursos, oposiciones, exámenes académicos y juicios de idoneidad. La primera, y sin duda alguna, posiblemente la más importante, será el reconocimiento de la posibilidad del control judicial de estos por parte del Juez.<sup>139</sup> Conforme se ha venido discutiendo y señalando, la discrecionalidad técnica sí es controlable a nivel judicial. Si bien el Tribunal Supremo había intentado establecer una definición del control judicial en estos ámbitos, la misma no ha partido del concepto esbozado.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> En este sentido, se evitarían situaciones tales como las que se describen en la STC 73/1998 de 31 de marzo. Véase, concretamente, Camba Constenla, Carmen. Una vez más en torno al control judicial de la discrecionalidad técnica y su vis expansiva hacia el terreno de los elementos reglados. *Dereito*. Vol. 7, n. 1: 293-317, 1998. ISSN 1132-9947.

<sup>140</sup> El Tribunal Supremo, en su sentencia, RJ 2004\6563, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 13 octubre 2004, se señaló que “el análisis de esta

Por ende, resulta factible que la persona que se considere perjudicada, y que pueda demostrar su legitimación, proceda a impugnar la resolución administrativa del concurso, oposición, examen académico o juicio de idoneidad. Claramente, y a pesar de la naturaleza de estos, no se estará inmiscuyendo inapropiadamente el Poder Judicial en ámbitos administrativos que no le corresponden. Como consecuencia del respeto que debe de tener el Juez a favor y hacia los jurados que resuelven los diferentes procesos que se pueden estar impugnando, debe de quedar plenamente demostrado, por parte de la parte que cuestiona dichos resultados, la irrazonabilidad de los mismos.

Por lo tanto, la parte afectada tendrá la oportunidad de impugnar y cuestionar las conclusiones que considere que, efectivamente, son completa y absolutamente irrazonables, y que van en su detrimento. Claro está, el grado de razonabilidad exige que la parte legitimada para la impugnación respectiva, demuestre la evidente y clara arbitrariedad o su contrariedad con el ordenamiento jurídico para que pueda prosperar, válidamente, dicho reclamo. De esta forma, se dará un resultado de enorme trascendencia. En un sentido, las valoraciones técnicas y el proceso intelectual que

---

*jurisprudencia permite constatar que en el control judicial de la discrecionalidad técnica hay que distinguir entre:*

*a) El «núcleo material de la decisión técnica» reservada en exclusiva, a las Comisiones Juzgadoras.*

*b) Sus «aledaños» constituidos por el respeto de las reglas básicas del concurso y la inexistencia de dolo o coacción. Estos aspectos del acto están sujetos al control de los Tribunales, los cuales pueden verificar, si concurre alguna de esas circunstancias y, en su caso, si la misma ha afectado al núcleo de la discrecionalidad técnica”*



puede haber llevado a cabo el jurado evaluador tendrán un considerable y merecido peso.

Indudablemente, en razón de la naturaleza propia de este tipo de procesos, no resulta práctico ni recomendable la repetición de estos por parte del Juez, ni que éste llegue a entrar en valoraciones que son propias de los miembros evaluadores. Sin embargo, y al mismo tiempo, no se puede, bajo ninguna circunstancia, ignorar el hecho de que dichos miembros pueden incurrir en equivocaciones, y que la persona legitimada, debe de tener plenas garantías de cuestionar dicho resultado, en el tanto le perjudique.

Como consecuencia de esto, se obtiene, gracias al concepto desarrollado, un apropiado y adecuado balance que logra satisfacer, tanto los intereses, de una parte como de otra. Evidentemente, de permitirse un control judicial pleno y absoluto, que ignorase la deferencia a favor de los jurados y miembros evaluadores, se podría incurrir, muy posiblemente, en un activismo judicial desmesurado e inconstitucional. Igualmente, de no otorgar medios procesales óptimos para poder cuestionar los resultados de los miembros evaluadores de los concursos, y demás procesos similares, cualquier equivocación o abuso en el que pudiesen haber incurrido estos, quedaría sin posibilidad de ser corregida.

Estos elementos se ven reflejados en la Sentencia No. 8550 de 23 de noviembre de 2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª). El

Tribunal, al analizar pruebas de índole académica para obtener el título de Médico Forense, estipula que *“en la reciente sentencia de esta Sala y Sección de fecha 6 de marzo de 2007 ( RJ 2007, 1993), recurso de casación 2632/2002, recordábamos que el Tribunal Constitucional en el F. 6 de su sentencia 219/2004, de 29 denoviembre ( RTC 2004, 219) reproducía lo afirmado en su STC 39/1983, de 16 de mayo ( RTC 1983, 39), F. 4, en que sostuvo que la existencia de la discrecionalidad técnica "no supone naturalmente desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24.1 de la Constitución ( RCL 1978, 2836), ni el principio del sometimiento pleno de la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2), ni la exigencia del control judicial sobre la legalidad de la actuación administrativa y su sumisión a los fines que la justifican (art. 106.1). Tampoco supone ignorar los esfuerzos que la jurisprudencia y la doctrina han realizado y realizan para que tal control judicial sea lo más amplio y efectivo posible. Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados.”*

De esta forma, el Tribunal Supremo continúa elaborando que *“así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir,*

sobre las cuestiones de legalidad". Adicionalmente, se señala que "con mención de la doctrina elaborada por el citado Tribunal (por todas STC 86/2004, de 10 de mayo [ RTC 2004, 86], F. 3) insiste en que 'lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores; está vedado, por tanto, la nueva valoración de un ejercicio de un proceso selectivo, salvo circunstancias excepcionales'".

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye señalando que "la revisión de las preguntas del programa de una prueba teórico práctica es excepcional, tal cual afirma la Sala de instancia, al encuadrarse en la discrecionalidad técnica sin perjuicio de resaltar que determinados aspectos pueden escapar a tal concepto jurídico, algo que aquí no se ha producido. Ni se ha acreditado que el Tribunal no tuviera respaldo bibliográfico a sus preguntas ni que los problemas médicos no estuvieran resueltos con carácter previo al día del examen. La ausencia de tal documentación en el expediente individual del recurrente no hace presumir su inexistencia como el mismo pretende. Y tampoco fue interesada su aportación ni como complemento del expediente al formular la demanda ni como medio de prueba al efectuar la pertinente proposición. Por lo tanto debe rechazarse este motivo de casación, así como el siguiente el que la parte recurrente cuestiona de uno u otro modo la idoneidad técnica de las preguntas utilizadas en el cuestionario, así como la solución de la segunda parte del ejercicio."

Por otra parte, el Tribunal Constitucional (Sala Segunda), en el Auto núm. 256/2005 de 20 junio, al estudiar un caso de nombramiento de funcionario por razones de urgencia indicó que *“continúa la Sentencia señalando que, en este punto, «ha de tenerse en cuenta la conocida doctrina de la discrecionalidad técnica desarrollada en relación a los concursos de méritos y que sin duda es aplicable al caso analizado dada su evidente analogía». Para exponer la misma transcribe el F. 3 de la STS de 1 de marzo de 1994, donde se contiene, además, la doctrina de la STC 353/1993 29 de noviembre ( RTC 1993, 353) en la que el Tribunal Constitucional afirma (lo que transcribe la Sentencia) que los «tribunales son competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores de las oposiciones o concursos pero sin que puedan sustituirlos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica, pues de admitirse esta hipótesis tendrían que constituirse en cada caso en fiscalizadores de cada Tribunal o Comisión calificadora con parámetros no jurídicos, sino pertenecientes en cada ocasión a una técnica diversa, esto es, la concerniente a la materia cuyos conocimientos se exigiera a los opositores o concursantes, y tal supuesto es absurdo no sólo porque implicaría la omnisciencia de los órganos judiciales, sino porque éstos están llamados a resolver problemas jurídicos en términos jurídicos y nada más. Lo que no supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, ni el principio del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho (art. 103.2 CE), ni la exigencia de control judicial sobre la actuación administrativa y de sumisión a los fines que la justifican (art.*

106.1 CE)... simplemente supone señalar que ese control judicial tiene ciertos límites y modulaciones”.

Asimismo, dicha sentencia continúa señalando que “anteponer los méritos propios del recurrente frente a los alegados por el candidato finalmente designado nos sitúa claramente en el ámbito de la llamada «discrecionalidad técnica» de la Administración, como motiva acertadamente la Sentencia impugnada, señalando que existe una clara analogía con los concursos una vez declarado que la comisión de servicios se ajusta a los requisitos de urgente necesidad y cuando, como aquí ocurre, el órgano judicial considera que no se ha aportado una prueba suficiente para desvirtuar los méritos del finalmente designado. En consecuencia, huérfanos de prueba decisiva, los razonamientos del demandante de amparo se limitan a oponer «frente a los merecimientos del adjudicatario los suyos propios, sin otro fundamento objetivo que su particular criterio». Motivación que, por lo dicho, no puede calificarse tampoco de arbitraria y que aboca a considerar que en el presente caso el recurrente sólo antepone sus propios criterios valorativos a los empleados por la Administración, lo que no puede ser revisado por los órganos judiciales, salvo que se acredite desviación de poder, carencia de cualquier justificación, arbitrariedad o error patente de la Administración ( STC 353/1993 [ RTC 1993, 353] ), lo que aquí no ocurre, como se dirá de inmediato, y menos aún puede ser revisado por este Tribunal en el cauce excepcional y limitado del recurso de amparo (SSTC 353/1993, 34/1995 [ RTC 1995, 34] y ATC 1239/1998 [ RTC 1998, 1239 AUTO] )”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional concluye manifestando que “«cuando como aquí sucede, la cuestión a la que cabe reconducir el litigio es la de determinar cuál de entre los concursantes tienen mayores merecimientos para acceder a una plaza, siquiera sea en comisión de servicios, el órgano jurisdiccional no pueda, con su propio criterio, sustituir al de la comisión tribunal encargado de resolverlo. En definitiva, las consideraciones vertidas en la demanda y que parten de la ilegalidad del nombramiento, con referencia a los principios de mérito y capacidad y a la legalidad de la actuación administrativa, carecen de toda justificación fáctica y se basan sólo en la particular apreciación del demandante, sin que pueda prevalecer su criterio al de la Administración competente, apoyado en el informe antes aludido. No hay por tanto vulneración de aquellos principios, ni puede incidir en el sentido el pronunciamiento la trascendencia que la comisión de servicios pueda tener a los efectos del artículo 70 del RD 364/1995 ( RCL 1995, 1133) una vez que se declara su legalidad, todo lo cual justifica la desestimación del recurso y consiguiente confirmación de la resolución que a través del mismo se impugna» ”.

N. Posibles consecuencias de orden práctico y económico.

Claro está, la posibilidad de cuestionar los resultados que se han venido señalando, puede tener como consecuencia el ascenso exagerado e inmanejable de los reclamos judiciales que tengan referencia a los concursos, y demás procesos

similares.<sup>141</sup> Incluso, podría darse el caso de que los Tribunales de Justicia llegaran a saturarse en exceso, como consecuencia directa de la posibilidad de poder llevar a cabo impugnaciones de este tipo. Y, al mismo tiempo, las actividades propias de las Administraciones Públicas, y demás actos conexos relacionados como los concursos y procesos similares, podrían sufrir un evidente detrimento; podría darse la situación de que no fuese viable ni posible llevar a cabo los concursos, por cuanto el temor de las impugnaciones atrasaría injustificadamente su resolución. Debe de destacarse, que el coste económico de dicha aplicación sería excesivamente cuantioso, y sólo tendría consecuencias nefastas sobre el particular.

A pesar de la validez e importancia de dichos cuestionamientos, debe de tenerse en cuenta que esos temores no son suficientes para desvirtuar la tutela judicial efectiva. En otras palabras, si bien es posible que dicho fenómeno pueda llegar a darse, y tomando en cuenta que la factibilidad es alta, la Constitución Española no permite que por un cuestionamiento de orden práctico y económico, se llegue a supeditar un derecho fundamental específicamente reconocido. Claramente, no puede ponerse la aplicación de un derecho fundamental a disposición de referentes meramente prácticos. Ese factor tendría como consecuencia directa una que se desnaturalizara de forma absoluta el régimen constitucional y de derechos fundamentales; los elementos jurídicos de análisis quedarían relegados de su posición primordial.

---

<sup>141</sup> Véase, Camba Constenla, Carmen. Una vez más en torno..., p. 316-317.

Sin embargo, es necesario enfatizar y destacar que las preocupaciones que se han definido, son serias y reales. Igual que el régimen constitucional y de derechos fundamentales no puede colocarse bajo el servicio exclusivo de criterios prácticos y de índole económica, el análisis jurídico no puede desligarse de estos. En efecto, no puede llegar a ignorarse que el Derecho, y su correspondiente aplicación, tienen su desarrollo en el ámbito de una sociedad abierta y competitiva, que sufre constantemente de los distintos impactos económicos. Consecuentemente, ignorar las posibles implicaciones económicas y de orden práctico de un razonamiento jurídico no es desacertado, siempre y cuando estos no suplanten los elementos de orden jurídico.

Por lo tanto, la jurisprudencia será la principal encargada de velar porque el control judicial de la discrecionalidad técnica no llegue a desvirtuar el respeto a favor de las Administraciones Públicas y sus valoraciones. La más inmediata consecuencia de ello sería una apertura de un caudal incalculable de impugnaciones cuando las conclusiones de los miembros evaluadores son claramente razonables. De esta forma, es necesario que los controles sean estrictos y manejados con el máximo nivel de seriedad, para, de esta forma, no menospreciar el Principio de Efectividad, y que la tutela judicial efectiva sea plenamente satisfecha.



N. *La utilización de la prueba pericial es válida en el control judicial de la discrecionalidad técnica.*

De la misma manera en que la aplicación del concepto esbozado tiene importantes consecuencias en el ámbito de los concursos, y demás procesos similares, éste influirá directamente en la discusión sobre la viabilidad de la prueba pericial. En este sentido, se ha cuestionado en constantes ocasiones sobre la validez de utilizar la prueba pericial en lo que se refiere a la discrecionalidad técnica, ya que la utilización de la misma podría desembocar en una sustitución improcedente por parte del Juez, teniendo como consecuencia directa el activismo judicial. Claro está, no puede negarse en la importancia y la utilidad que tiene la prueba pericial, y cómo permite al Juez entender, en un mayor contexto, la cuestión central que se está discutiendo.

Consecuentemente, y como bien se ha venido desarrollando, el pleno reconocimiento del control judicial de la discrecionalidad técnica, en base a la deferencia, se sustenta en la tutela judicial efectiva. Y, el reconocimiento pleno de la tutela judicial efectiva no puede permitir, bajo ninguna circunstancia, que la forma, o el medio en que se va a ejercer dicho derecho fundamental, se vea limitado o delimitado de forma perjudicial a la parte legitimada; el Tribunal Supremo, igualmente, ha reconocido la importancia de la prueba pericial, desestimando reclamos basados en la discrecionalidad técnica.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> Ver Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 13 abril 2005.

Cabe destacar que el control judicial no tendría una aplicación útil, ya que, dependiendo de las circunstancias, de limitarse el uso de la prueba pericial, la parte legitimada podría verse imposibilitada de demostrar plenamente sus pretensiones.

Como bien se ha señalado, *“el asesoramiento técnico resulta indispensable para que el tribunal conozca si la motivación del acto discrecional es atendible científicamente. En la eventualidad de que haya varias valoraciones técnicas plausibles y la Administración se decante por una de ellas, el tribunal deberá respetar esa elección por más que él prefiera otra.”*<sup>143</sup>

Sin duda alguna, no puede negarse el hecho de que si se va a permitir, y en efecto, se reconoce como válido el control judicial de la discrecionalidad técnica, éste se vaya a limitar, a tal punto, que ciertos medios de prueba no puedan ser utilizados. Al mismo tiempo, no existiría ningún tipo de contradicción en el hecho de que la prueba pericial sea la base del control judicial en los casos de expropiación.

La aplicación de un realce a favor de las Administraciones Públicas, en los términos que se ha venido desarrollando permite, plenamente, que se utilice la prueba pericial. Todos los medios de prueba, reconocidos por la legislación vigente, deben de ser permitidos, en el tanto sirvan para demostrar que el acto administrativo en cuestión que se impugna, resulta irrazonable, en los términos expuestos. Evidentemente, de tratarse de una situación de suma complejidad y de relevancia técnica, el Juez puede

---

<sup>143</sup> Igartua Salaverría, Juan. Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Judicial. en. *Revista vasca de administración pública*. No. 46, 1996, p. 117.

verse claramente beneficiado con un estudio pericial, el cual le puede permitir determinar si la valoración técnica de las Administraciones Públicas es razonable o no.

Como se ha demostrado, el hecho de que se admita la prueba pericial, no implicará, ni mucho menos, que se esté dando una sustitución improcedente de las valoraciones de las Administraciones Públicas. Como bien se señaló, se analizará la razonabilidad o no de las mismas. De no ser razonables, el órgano competente debería de, con base en las razones expuestas por el Juez, establecer criterios que se ajusten a la luz de la normativa habilitante. Por lo tanto, cabe concluir, que una utilización apropiada y adecuada de los rasgos conceptuales enunciados, en los términos expuestos, permite la utilización plena de la prueba pericial en el ámbito del control de la discrecionalidad técnica.

*P. La aplicación correcta de conceptos jurídicos propios del Derecho Administrativo.*

La estructura funcional del Estado Social de Derecho se fundamenta, define y exige sobre un balance apropiado entre los tres Poderes, así como en cada uno de los instrumentos jurídicos que sirven de base para el mismo. Por lo tanto, no resulta válido, jurídicamente, que dentro de un Estado Social de Derecho, se justifiquen teorizaciones, esquemas funcionariales o estructuras jurídicas que sacrifiquen o limiten un elemento jurídico a favor de otro. De esta forma, se deberá de mantener, en todo momento, los

elementos que definen el Estado Social de Derecho en un primer ámbito, y no deberán de ser limitados, de ninguna manera, para satisfacer una determinada construcción jurídica.

Así, no es válido llevar a cabo una limitación de la tutela judicial efectiva, en aras de justificar una determinada perspectiva jurídica administrativa sobre la discrecionalidad técnica. Al contrario, resulta necesario reconocer, y luego adaptar los instrumentos definitorios del Estado Social de Derecho, para que se logre encontrar el balance adecuado que debe de existir. Por ende, se debe encontrar la fórmula jurídica para que se dé un correcto análisis del control judicial de la discrecionalidad técnica.

En este sentido, se ha llevado a cabo un análisis detallado y preciso de las razones por las cuales, en primer lugar, no debe de cuestionarse el control judicial de la discrecionalidad técnica. Dicha conclusión se desarrolla en torno a la necesaria precisión que se ha realizado, en torno al concepto de discrecionalidad técnica, y su componente “técnico”. Asimismo, se procedió a definir la relación que existe con los conceptos jurídicos indeterminados, y la forma en que estos deben de enmarcarse dentro de la discrecionalidad técnica. Igualmente, y de suma importancia, se estableció la importante relación que existe entre la motivación y la discrecionalidad técnica, y como la una no puede justificarse sin la otra.

Por otra parte, se llevó a cabo un análisis detallado de la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, en relación a la deferencia, y su impacto en la interpretación jurídica. Específicamente, los casos *Chevron* y *Mead* contienen una serie

de importantes elementos técnicos que proceden a desarrollar, de forma precisa, cómo debe de entenderse la deferencia. Adicionalmente, con base en la construcción norteamericana, se puede tener una noción de las bases de un concepto que utiliza componentes de éste, y cómo el mismo podría ser adaptado a España y a ordenamientos jurídicos similares.

Beltrán de Felipe, citado por Igartua Salaverría, hace eco de este análisis, cuando establece que *“el juez censura y anula lo irracional, lo arbitrario, lo no objetivo, la elección de fines, de medios o de ambas cosas que no se ajuste a los intereses generales, pero no realiza ni rellena el “hueco” que el ordenamiento ha reservado a la Administración. Porque su posición constitucional no consiste en gestionar intereses ajenos, no es una función (tal y como la entiende la doctrina italiana), no se traduce ni en definir ni en interpretar los intereses colectivos de la ciudadanía, sino en velar porque el sujeto que sí tiene encomendada tal función se ajuste a lo que marca su posición constitucional, es decir, controlar el uso razonable y no arbitrario del poder funcionarizado que es la discrecionalidad.”*<sup>144</sup>

Concretamente, se logró determinar que la propia estructura jurídica del Estado Social de Derecho, en razón del balance constitucional que exige, permite y reconoce ciertos rasgos propios del concepto de deferencia. Así, será por medio de estos que se podrá mantener el balance constitucional que se exigirá entre la tutela judicial efectiva y

---

<sup>144</sup> Igartua Salaverría, Juan. Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Judicial. en. *Revista vasca de administración pública*. No. 46, 1996, p. 111.

los Principios de Objetividad, Eficacia y de Interdicción de la Arbitrariedad. Consecuentemente, éste servirá como el criterio o elemento que vendrá a definir el control judicial de la discrecionalidad técnica.

Lejos de ser un control judicial que vendrá a distorsionar la armonía constitucional, éste se acogerá plenamente a las exigencias del Estado Social de Derecho, aludiendo a la razonabilidad como factor que determinará la anulación o no de una valoración administrativa; se apelará un solo grado del mismo, por cuanto el manejo o sustentación de diversos tipos crearía un concepto inaplicable dentro del ámbito administrativo. Como bien establece Igartua Salaverría, se vendrá a determinar cómo *“el ejercicio de la discrecionalidad es un fenómeno perteneciente a la esfera de la racionalidad (o al menos de lo razonable), si bien algunos de sus aspectos están contemplados en normas legales. De ahí que sea lícito emplear conceptos y modelos de análisis importados de otros sectores (de la ciencia, del sentido común o de la racionalidad en general); y, por ende, tanto el fenómeno probatorio como el de la discrecionalidad se sitúan preferentemente en una perspectiva que trasciende la legalidad.”*<sup>145</sup>

Por lo tanto, se ha logrado establecer la posible relación estrecha entre un realce a favor de las Administraciones Públicas y el control judicial de la discrecionalidad técnica. En efecto, se ha logrado señalar que éste realce podría servir como un criterio

---

<sup>145</sup> Igartua Salaverría, Juan. Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Judicial. en. *Revista vasca de administración pública*. No. 46, 1996, p. 101.

importante para definir y establecer el control judicial de la discrecionalidad técnica; éste serviría para garantizar la tutela judicial efectiva y el apropiado funcionamiento eficaz de las Administraciones Públicas, así como que se impidiese una sustitución antijurídica por parte del Poder Judicial. De igual forma, se ha procedido a la definición y precisión de cada uno de los conceptos que se han analizado, para descubrir dicha relación. Asimismo, se ha logrado descubrir cuál podría ser la relación o la posible existencia de rasgos distintivos del concepto de deferencia en el Ordenamiento Jurídico Español y aplicables, en general, al modelo continental europeo.

Finalmente, es necesario destacar dos aspectos sobre los cuales se ha hecho un especial énfasis. En primer lugar, debe resaltarse nuevamente sobre las limitaciones constitucionales que son consecuencias de diversas construcciones teóricas. Claramente, es necesario realizar las construcciones teóricas sobre las bases constitucionales que existen; al mismo tiempo, si se trata de construcciones aplicables a otro fuero constitucional, o más bien, de otro período constitucional, deberá de determinarse su validez dentro del nuevo marco.

Sin embargo, no es válido jurídicamente pretender mantener una consistencia lógica dentro de la construcción jurídica, mientras se sacrifica instituciones básicas dentro del Principio Democrático o derechos fundamentales específicamente consagrados. En otras palabras, se debe reconocer, y no olvidarse, de la aplicación práctica del Derecho en la realidad; ignorar esta situación únicamente puede traer

consecuencias negativas dentro del marco de la sociedad democrática que pretende instaurar y proteger el Estado Social de Derecho.

Y, en segundo lugar, no puede negarse la necesaria relación que debe existir entre la aplicación del Derecho y los aspectos prácticos y económicos que se dan como consecuencia de ésta. El Derecho tiene su aplicación dentro de una sociedad dinámica y versátil, y limitar la correcta interpretación del mismo a la consistencia lógica y teórica tendría consecuencias nefastas. Evidentemente, ello no quiere decir que se deba de sacrificar la técnica jurídica por debajo de lo que dicten los Principios económicos y las consecuencias prácticas de una decisión. Pero, tanto el Juez, como el Legislador, no pueden dejar de entender que el Derecho, por su propia naturaleza, tendrá consecuencias importantes en el ámbito de la sociedad democrática, y por tanto, debe aplicarse teniendo en cuenta las implicaciones sociales, económicas y políticas que se darán. De esta forma, podrá éste servir, verdaderamente, como un equilibrado y adecuado marco regulatorio para el convivio armonioso de una sociedad.



## **II. LAS FRONTERAS DE LA CIENCIA Y SU APLICACIÓN EN EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

SUMARIO: II. Las Fronteras de la Ciencia y su aplicación en el control judicial de las Administraciones Públicas. 1. El papel de la ciencia en las actuaciones de las Administraciones Públicas: La paradoja del cientifismo y la desconfianza hacia el Estado. A. "Restraint, yes, abdication, no.".B. El papel equívoco de la ciencia. C. Las fronteras de la ciencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. D. Análisis del control judicial de las fronteras de la ciencia.

Habiéndose aclarado la relación existente entre la deferencia y el control judicial de la discrecionalidad técnica, resulta adecuado analizar un concepto íntimamente conectado con ambos. En efecto, lo que se refiere a las fronteras de la ciencia guarda una estrecha relación con aspectos técnicos de la discrecionalidad, y, a la vez, constituye el grado máximo de deferencia existente, reconocido a nivel doctrinario y jurisprudencial. Por lo tanto, su análisis y aplicación dentro del marco del control judicial de las Administraciones Públicas resulta de enorme relevancia y constituye otra arista en lo que se refiere al fortalecimiento del Poder Ejecutivo. Como bien se ha señalado, el presente análisis pretende determinar el balance adecuado que debe existir en cualquier definición de un control judicial de las Administraciones Públicas. De esta forma, se procederá a continuar analizando hasta qué grado debe fortalecerse el Poder Ejecutivo en sus atribuciones constitucionales.

Posiblemente, el mayor grado de deferencia que se ha encontrado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en los Estados Unidos de América, es el que hace referencia a las fronteras de la ciencia<sup>146</sup>. Dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, y de las variables funciones en las que están llamadas a actuar las Administraciones Públicas, hay aspectos de enorme científicidad y tecnicismo. En efecto, áreas del conocimiento del ser humano que no tienen un considerable grado de desarrollo técnico, o, que poseen una enorme dificultad en su comprensión, como lo

---

<sup>146</sup> En Europa, no es posible encontrar una referencia directa a las fronteras de la ciencia.

son las investigaciones nucleares, presentan enormes dificultades al Juez a la hora de controlar la actividad de las Administraciones Públicas; estas dificultades se hacen evidentes en áreas propias del derecho medio ambiental.

De esta forma, las fronteras de la ciencia es el instrumento jurídico que permite garantizar que las actuaciones del Ejecutivo en estos ámbitos, se mantenga. Por lo tanto, no bastará con alegar posibles consecuencias nefastas, algunos grados de irrazonabilidad, nulidades relativas, o supuestos científicos que carezcan de prueba fehaciente; al ser las Administraciones Públicas aquellas que poseen el mayor grado de conocimiento en el área científica que se está discutiendo, no cabe por qué dudar de sus actuaciones, por parte del Juez. Únicamente, en aquellas situaciones límite en las cuales se pueda demostrar, por parte de la parte impugnante, la irrazonabilidad y falta de viabilidad de un determinado acta administrativo, podría anularse el mismo.

La razón de ser de las fronteras de la ciencia se puede desprender de la complejidad científica y tecnológica inherente a sí misma; se presume conforme a Derecho el interés de las Administraciones Públicas en aquellas actuaciones que estriban directamente en aspectos que posiblemente no tengan un enorme desarrollo a nivel universal. Pero, en razón de su importancia, de las ventajas que puede tener su aplicación en el ámbito social y, de la presunción de que las Administraciones Públicas manejan el máximo nivel de conocimiento que pueda existir del tema, el Juez verá su esfera de actuación considerablemente limitada. De lo contrario, éste se vería facultado y habilitado para declarar contrarios a Derecho, actuaciones administrativas referentes

a aspectos de los cuales no tiene conocimiento alguno. Por lo tanto, las fronteras de la ciencia es un concepto que permitirá garantizar el desarrollo científico en un Estado de Derecho, sin interferencias injustificadas por parte del Juez Contencioso Administrativo.

1. El papel de la ciencia en las actuaciones de las Administraciones Públicas: La paradoja del cientifismo y la desconfianza hacia el Estado.<sup>147</sup>

Un aspecto que tiene una enorme relevancia y, en el que además coinciden un importante número de Estados de la Unión Americana, es el de la importancia de las ciencias a la hora de justificar y de establecer una regulación específica.<sup>148</sup> Claramente, las políticas y regulaciones específicas de un Estado no pueden llevarse a cabo en el vacío y sin el necesario contexto científico, su validez jurídica podría cuestionarse. Indudablemente, un sustento científico sistemático y lógico daría un realce importante a cualquier regulación que se pretendiera llevar a cabo; no es lo mismo imponer una nueva regulación por razones meramente retóricas, oportunistas o políticas, que por razones científicas; aspectos puramente científicos tienden a llevar consigo un valor adicional de credibilidad que, a los ojos de una persona común, justifica una política determinada.

---

<sup>147</sup> La referencia a la paradoja en cuestión se estipula en, FINE, James D., OWEN, Dave. *Technocracy And Democracy: Conflicts Between Models And Participation In Environmental Law And Planning. Hastings Law Journal.* May, 2005, p. 901.

<sup>148</sup> Fine, James D., Owen, Dave. *Technocracy...*, p.907.

Unido a este aspecto de la importancia de la ciencia<sup>149</sup>, se encuentra la coincidencia de que, por lo general, se pretende que cada uno de los órganos administrativos<sup>150</sup>, a los cuales se les encomienda preparar una regulación determinada, deben de ser expertos en su área. Y, este grado de conocimiento y de especialización va, necesariamente, acompañado de un elemento de cientificidad, el cual, si es excluido, eliminaría legitimación y valor a la regulación específica.<sup>151</sup> En este sentido, un Juez tendrá un enorme respeto hacia cualquier criterio científico que tenga que analizar<sup>152</sup>; dicha razón tiene lógica, por cuanto son elementos que se alejan de los conocimientos propios del Juez.

Claro está, ello no querrá decir que el órgano judicial se abstendrá de llevar a cabo el control judicial, sino que tendrá deferencia hacia el criterio científico administrativo.<sup>153</sup> Sin embargo, ello no siempre ha sido el caso, como lo demuestra el *hard look review* desarrollado en *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, mencionado anteriormente.<sup>154</sup> En todo caso, debe destacarse que cualquier Juez, para considerar inválido o contrario a Derecho un modelo científico específico, debe de tener total y absoluta certeza; indiscutiblemente, esto posiblemente le llevará a dudar, en considerables ocasiones, a tomar dicha decisión.<sup>155</sup> Y, considerando la poca experiencia

---

<sup>149</sup> Ibidem.

<sup>150</sup> Ibidem.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 911.

<sup>152</sup> Ibidem, 911-912.

<sup>153</sup> Ibidem.

<sup>154</sup> En este sentido, ver *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, descrito anteriormente.

<sup>155</sup> Fine, James D., Owen, Dave. *Technocracy...*, p.935.

científica, así como del poco tiempo del que dispone, el Juez procederá, por lo general, a diferir a favor de las Administraciones Públicas, sus criterios en relación al modelo científico.<sup>156</sup>

Precisamente, por esa razón, cualquier Estado, a través de sus órganos administrativos, pretenderá obtener el mayor grado de cientifismo y de tecnicismo en cualquier decisión que requiera de los mismos. En este sentido, es necesario destacar que el enorme grado de cientifismo ha llevado a una considerable dependencia en lo que se refiere al uso de modelos científicos<sup>157</sup>; pero, como se ha llegado a determinar, la confianza ciega en los modelos no es apropiada.<sup>158</sup> Dichos modelos deben de tener una aproximación práctica y a la realidad.<sup>159</sup> A pesar de ello, constantemente, a la hora de su control judicial, específicamente en el ámbito ambiental, existe una deferencia extrema.<sup>160</sup> Incluso, en varias situaciones, en ánimos de avanzar una política determinada, es posible que se dé el caso de justificar una decisión, que posiblemente no requiera de elementos técnicos, en sustanciaciones científicas.

Consecuentemente, por todas las razones esbozadas anteriormente, la impugnación judicial de los modelos científicos, al menos en los Estados Unidos de América, será poco común.<sup>161</sup> En este sentido, los norteamericanos consideran que la

---

<sup>156</sup> *Ibídem.*

<sup>157</sup> *Ibídem.*, p.915.

<sup>158</sup> *Ibídem.*

<sup>159</sup> *Ibídem.*

<sup>160</sup> *Ibídem*, p. 915-916.

<sup>161</sup> *Ibídem*, p. 935.

escasez de dichas impugnaciones, por lo general, es una buena señal.<sup>162</sup> La razón de ello es que, precisamente, los Jueces no deberían de usurpar competencias científicas que no les son propias.<sup>163</sup> Sin embargo, ello no deberá de impedir que el Juez lleve a cabo un control judicial eficaz y adecuado, y que la deferencia no sea producto de ignorancia o confusión.<sup>164</sup>

Por lo tanto, los Jueces deben tener el suficiente grado de sofisticación para poder analizar aspectos científicos, tales como los modelos de este tipo.<sup>165</sup> Sin duda alguna, un elemento de suma importancia para llevar a cabo dicho cometido será el de una comunicación adecuada, por parte del órgano administrativo, sobre la naturaleza técnica del elemento a analizar.<sup>166</sup> El Circuito Judicial de Washington, D.C., de los Estados Unidos de América ha tomado en cuenta dichos elementos, en *Sierra Club v. Costle*.<sup>167</sup>

---

<sup>162</sup> *To some extent, the rarity of such objections is appropriate; our administrative law system is predicated on the notion that judges should not usurp the role of technical experts. [FN166] Moreover, to the extent that public participants are advocating more stringent regulation, those participants may welcome limited judicial review, for in practice most litigation against model-based decisions has been instigated by industry. [FN167] Nevertheless, hamstrung judicial review also has troubling ramifications. Judges are important guarantors of a reasonable administrative process, and while they are expected to show deference to agency judgment, that deference should not arise out of ignorance or confusion. [FN168] Likewise, if judges only partially understand model-based decisions, they may be overly receptive to criticisms of those decisions, and agencies may find their actions overturned even where deference would be appropriate. [FN169] Where the opacity of modeling undermines \*936 judges' ability to understand decision-making processes, that opacity will limit judicial capacity to separate the rational from the irrational.* *Ibidem*, p. 935-936.

<sup>163</sup> *Ibidem*.

<sup>164</sup> *Ibidem*.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 977.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

<sup>167</sup> *Employing this standard allows judges to provide effective but restrained review of model use. The standard does not usurp agency discretion; its "precautions" focus on ensuring healthy respect for and public explanation of the limits of models, and would not limit agencies' abilities to use models even where*

Sin embargo, se presenta una situación curiosamente paradójica. En efecto, puede comprobarse cómo en determinadas áreas del conocimiento jurídico, como lo puede ser el Derecho Medio Ambiental, las normas jurídicas que lo informan, se desarrollan en un ánimo de desconfianza hacia las Administraciones Públicas.<sup>168</sup> En otras palabras, se duda, o más bien, se desconfía de la capacidad que pueden poseer las Administraciones Públicas para llevar a cabo una política ambiental adecuada<sup>169</sup>; esto es, en innumerables ocasiones, los intereses ambientales pueden ser contrarios a los intereses económicos de un Estado.

Al mismo tiempo, existirá un enorme interés público hacia una materia de un enorme grado de tecnicismo, haciendo su entendimiento poco accesible.<sup>170</sup> Asimismo, la presencia de grupos con intereses directos en una política determinada, así como una participación activa de estos, ha llevado a la desconfianza de las distintas políticas

---

*those models are acknowledged to be far from perfect. Indeed, the Costle court upheld EPA's model use. [FN399] Under this standard, non-disclosure of uncertainties or concealment of policy choices from public view would be suspect. [FN400] On the other hand, candid disclosure of assumptions, uncertainties, policy choices, and potential model flaws would not leave an agency legally vulnerable. [FN401] Accordingly, an agency would be mandated to convey, but not be punished for explaining, the limitations of its tools. [FN402]*

*\*979 Review under the D.C. Circuit's standard requires a certain level of judicial sophistication. Judges must, as the D.C. Circuit did in Costle, understand that models are both highly useful and inherently imperfect, and must be willing to assess the ways in which agencies address those limitations without completely dismissing a models' utility. They must go further than asking merely whether the model itself bore some rational correspondence with reality and must also scrutinize how the model was used and how its uses were explained. [FN403] Nevertheless, the sophistication of the discussion in both Costle and a series of subsequent cases suggests that such review certainly is possible, and often does occur. [FN404] Ibídem., p. 978.*

<sup>168</sup> Ibídem.

<sup>169</sup> Ibídem, p. 916.

<sup>170</sup> Ibídem, p. 979.



ambientales que pueden haberse incorporado en un determinado Estado.<sup>171</sup> Una persona media, comúnmente, vendrá a promover o a estar satisfecha con determinadas leyes ambientales drásticas, que cuestionen criterios administrativos, por temor a que intereses económicos o políticos de una índole contrariamente a la del Medio Ambiente, prive sobre estos.

Por lo tanto, se evidencia la existencia de un conflicto de suma importancia en el Derecho Administrativo, y, más concretamente, en el control judicial de las Administraciones Públicas: el tecnicismo administrativo y la desconfianza hacia las Administraciones Públicas. El conflicto se agudiza en el tanto se combinan elementos, tales como la noción cientifista del Estado administrativista del Siglo XIX, y la desconfianza que ha aflorado hacia dicho ámbito a lo largo del Siglo XX, y ahora, a comienzos del XXI.<sup>172</sup>

A. *"Restraint, yes, abdication, no."*<sup>173</sup>

La existencia de este elemento paradójico viene a reforzar el papel que debe de tener el Juez Contencioso Administrativo a la hora de llevar a cabo el control judicial de las Administraciones Públicas. Precisamente, el hecho de que las ciencias tengan un papel de enorme relevancia, y que, a la vez, el público en general tenga cierta

---

<sup>171</sup> Ibídem, p. 919.

<sup>172</sup> Ibídem, p. 907-908.

<sup>173</sup> Ethyl Corp., 541 F.2d at 69.

desconfianza hacia la forma de actuar de las Administraciones Públicas, como lo evidencia el ámbito ambiental, fortalece y da importancia al papel del Juez. Adicionalmente, esto implicará que el Juez deberá de actuar con delicadeza y precaución, en aras de mantener el debido equilibrio que debe de estar presente en cualquier decisión judicial relacionada con las Administraciones Públicas, como se ha venido indicando a lo largo de este trabajo. Por lo tanto, el Juez deberá respetar la labor analítica del órgano administrativo, experto en su área de competencia, pero ello, no le da libertad para evitarle otorgar la debida atención al control que debe de realizar.

En efecto, en lo que se refiere al ámbito ambiental<sup>174</sup>, la jurisprudencia norteamericana ha determinado que, en razón del grado de especialización que poseen los órganos administrativos competentes, por encontrarse dichas áreas en las fronteras de la ciencia, el Juez, debe de otorgar el mayor grado de deferencia existente, a su favor<sup>175</sup>; las fronteras de la ciencia representan áreas específicas del conocimiento

---

<sup>174</sup> Chen, Jim. Legal Mythmaking In A Time Of Mass Extinctions: Reconciling Stories Of Origins With Human Destiny. *Harvard Environmental Law Review*. 2005, p. 299-300. Asimismo, ver, como recomienda Chen, Time Warner Entm't. Co. v. FCC, 56 F.3d 151, 163 (D.C. Cir. 1995) (per curiam); accord WorldCom, Inc. v. FCC, 238 F.3d 449, 458 (D.C. Cir. 2001).

<sup>175</sup> *Ibidem*. Asimismo, se incluye la cita jurisprudencial que incluye Chen: Baltimore Gas & Elec. Co. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 462 U.S. 87, 103 (1983); see also Indus. Union Dep't v. Am. Petroleum Inst., 448 U.S. 607, 656 (1980) (plurality opinion); *id.* at 705-06 (Marshall, J., dissenting); Int'l Fabricare Inst. v. EPA, 972 F.2d 384, 389 (D.C. Cir. 1992) ("The rationale for deference is particularly strong when the [agency] is evaluating scientific data within its technical expertise."); Env'tl. Def. Fund, Inc. v. Costle, 578 F.2d 337, 339 (D.C. Cir. 1978) ("[I]n an area characterized by scientific and technological uncertainty[,] ... this court must proceed with particular caution, avoiding all temptation to direct the agency in a choice between rational alternatives."); Alliance for Bio-Integrity v. Shalala, 116 F. Supp. 2d 166, 177 (D.D.C. 2000). Ver, igualmente, Chen, Jim. Across The Apocalypse On Horseback: Imperfect Legal Responses To Biodiversity Loss. *Washington University Journal of Law and Policy*. 2005, p. 29.

científico, que, en razón de su complejidad, aún no han sido desarrolladas en su totalidad. En otras palabras, éste no debe de intervenir ni de imponer sus criterios sobre los análisis y determinaciones técnicas que hayan estipulado las Administraciones Públicas.

Claramente, el Juez carece del conocimiento técnico necesario para mantener un entendimiento absoluto del asunto que podría estar en discusión, por lo que darle deferencia es absolutamente lógico. En este sentido, la propia limitación del ámbito del control judicial de las Administraciones Públicas reside en el hecho de que el Juez debe abstenerse de participar en ámbitos en los cuales carece de experiencia y conocimiento.<sup>176</sup>

A pesar de esto, el hecho que, según la jurisprudencia norteamericana, debe existir el máximo grado de deferencia posible, no implica que el Juez tendrá que renunciar a su control judicial; dicha labor le es exigida por el propio artículo 24.1 de la Constitución Española. Por ende, no puede, en aplicación de un determinado criterio jurídico, renunciar a sus competencias constitucionales.

Igualmente, hay que tomar en cuenta el hecho de que cualquier control judicial de las Administraciones Públicas implica, necesariamente, que el Juez se instruya en la causa que estudia<sup>177</sup>; muchas de éstas serán de orden técnico, ligadas a numerosas

---

<sup>176</sup> *Ibídem*, p. 300 y *Norton v. S. Utah Wilderness Alliance*, 124 S. Ct. 2373, 2381 (2004).

<sup>177</sup> *Ibídem*. Asimismo, Chen cita *Ethyl Corp. v. EPA*, 541 F.2d 1, 69 (D.C. Cir. 1976) (en banc) (Leventhal, J., concurring), cert. denied, 426 U.S. 941 (1976); cf. *Kassel v. Consol. Freightways Corp.*, 450 U.S. 662, 670 (1981) (plurality opinion) (expressing a willingness to invalidate "marginally" effective and "substantially"

ciencias exactas o sociales.<sup>178</sup> De esta forma, no resulta procedente que un Juez, como indica Jim Chen, “sucumba” ante la especialización del órgano administrativo, ni mucho menos, dejarse intimidar por la tecnificación del procedimiento.<sup>179</sup> Por lo tanto, debe aplicarse una filosofía jurídica informada por el *judicial restraint*, que no implique, al mismo tiempo, la abdicación de las funciones y facultades judiciales reconocidas y otorgadas constitucionalmente.<sup>180</sup>

#### *B. El papel equívoco de la ciencia*

Un elemento que, necesariamente, tiene que ser considerado a la hora de determinar el control judicial de las Administraciones Públicas, es el papel equívoco que puede existir en el elemento científico. El aspecto equívoco se relaciona con la sobrevaloración que se le otorga a las ciencias exactas en general.<sup>181</sup> En efecto, en continuas ocasiones, criterios que deberían de estar basados en elementos económicos se justifican en ciencias exactas, precisamente, por su mayor grado de credibilidad y generan mayor aceptación política.<sup>182</sup> Precisamente, el hecho de que una decisión

---

obtrusive state laws despite state officials' claimed expertise over regulations designed "to promote the public health or safety").

<sup>178</sup> *Ibíd.*

<sup>179</sup> *Ibíd.*, p. 300, y *Essex Chem. Corp. v. Ruckelshaus*, 486 F.2d 427, 434 (D.C. Cir. 1973).

<sup>180</sup> *Ibíd.*, p. 300 y *Ethyl Corp.*, 541 F.2d at 69.

<sup>181</sup> McGarity, Thomas O. . Our Science Is Sound Science And Their Science Is Junk Science: Science-Based Strategies For Avoiding Accountability And Responsibility For Risk-Producing Products And Activities. *University of Kansas Law Review*. June, 2004, p. 898.

<sup>182</sup> *Ibíd.*

científica garantiza criterios objetivos, datos empíricos y un análisis racional, facilita la posibilidad de obtener mejores resultados y grados de aceptación, a nivel público; se presume que cualquier órgano administrativo utilizará criterios científicos válidos y adecuados.<sup>183</sup>

Paralelamente, se da la situación común de catalogar cualquier estudio científico como excesivo o basado en datos infundados; se intenta desacreditar los mismos por ser “ciencia chatarra”.<sup>184</sup> Por lo tanto, es de enorme importancia señalar que es la labor del Juez, determinar el grado de fiabilidad del elemento científico; este resulta ser el elemento más relevante del control judicial de las Administraciones Públicas. Hay que lograr separar la buena ciencia de la mala, y al mismo tiempo, evitar que los criterios científicos correctos no sean tomados como tal en la sede jurisdiccional. En este sentido, vale destacar que un órgano administrativo puede orientar al Juez sobre la validez de la ciencia, pues, por lo general, son expertos en la determinada área de examen.<sup>185</sup>

---

<sup>183</sup> Ibídem, p. 911.

<sup>184</sup> Ibídem, p. 901.

<sup>185</sup> Ibídem, p. 934.

*C. Las fronteras de la ciencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.*

El nacimiento del concepto de las fronteras de la ciencia en el Derecho Administrativo norteamericano tuvo su origen en el caso de *Baltimore Gas and Electric Company, et al., v. Natural Resources Defense Council, Inc.* (en adelante, *Baltimore Gas*), resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el año 1983 y que se explica a continuación.

<sup>186</sup> En la resolución del citado caso, aquel concepto ganó aceptación como un elemento presente en el control de las Administraciones Públicas, tanto así, que empezó a utilizarse en ámbitos ajenos para los cuales fue, en principio, utilizado, como lo era el espacio nuclear. De esta forma, puede verse cómo es un concepto enteramente jurisprudencial que pretende realzar el elemento científico, y a la vez, limitar en exceso el control por parte del Juez.

Por lo tanto, llega a establecerse el mayor grado de deferencia que podría reconocerse; el papel y análisis del Juez es prácticamente inexistente. Sin embargo, la sentencia de *Baltimore Gas*, no goza de aceptación pacífica<sup>187</sup> y ha sido objeto de crítica, tanto por su razonamiento jurídico, como por sus consecuencias prácticas. Igualmente se cuestionó el que la citada sentencia haya dado lugar a un control judicial

---

<sup>186</sup> 462 U.S. 87

<sup>187</sup> Para una visión crítica, véase, Siegel, Andrew D. .The Aftermath of *Baltimore Gas & Electric Co. v. NRDC*: A Broader Notion of Judicial Deference to Agency Expertise, 11 HARV. ENVTL. L. REV. 331, 378-80 (1987)

tan limitado, lo que permitió que el análisis de las actuaciones de las Administraciones Judiciales se vea limitado en exceso.

El caso de *Baltimore Gas* pretendía resolver una disputa que se centraba alrededor de los criterios, desarrollados por la Comisión Reguladora Nuclear de los Estados Unidos de América, sobre consecuencias ambientales de un ciclo nuclear. En efecto, la principal disputa se encontraba centrado en lo que se denominó la Tabla S-3, la cual permitía concluir que no habría goteos de desechos nucleares una vez que estos hubiesen sido enterrados bajo tierra; dichos cálculos eran de tinte conservador, por lo que se presumía el peor de los escenarios al realizar las estimaciones correspondientes.

Sin embargo, diversos grupos ambientales consideraron que dicho criterio no era válido y no satisfacía la legislación vigente<sup>188</sup>, y que la Comisión, al otorgar licencias nucleares, debía de tomar dicho elemento en consideración. Por lo tanto, la razonabilidad de dicho criterio de la Comisión, de “cero goteo” o de “cero desecho”, era el elemento jurídico a definir.

En este sentido, la decisión analiza diversos aspectos relacionados con los desechos nucleares y sus consecuencias, así como los criterios utilizados por la Comisión. Como consecuencia de ello, se procede a realizar una serie de aseveraciones de enorme relevancia. En primer término, se hace especial énfasis en la naturaleza delicada de la energía nuclear, y cómo el tratamiento que se le otorga a ésta por parte de los poderes públicos influirá en cómo el público en general la perciba. Por ende,

---

<sup>188</sup> Section 102(2)(C), nacional Environmental Policy Act, 42 U.S.C. § 4332 (2) (C).

dependiendo en cómo se llevase el tratamiento de dicho tema, terminaría influyendo cuáles proyectos serían desarrollados y a cuáles respondería favorablemente la mayoría de la población; indudablemente, el impacto ambiental es un aspecto central en cualquier ámbito de la energía nuclear.

En segundo lugar, habiendo sentado dichas bases, se procede a indicar un criterio importantísimo en este análisis y que permitirá definir el medio de control judicial en los estudios de impacto ambiental nucleares. En efecto, se procede a afirmar que cualquier determinación de política ambiental, dentro de las que se incluirán los estudios de impacto ambiental, estará a cargo del Congreso y de las agencias federales que éste designe como competentes para tal función.

Consecuentemente, el Juez, o en términos generales, el Poder Judicial, no debe de interferir en los criterios que deben fundamentar un estudio de impacto ambiental. Como bien dice la sentencia, al final, será el público en general el que vendrá a definir los criterios, a través de sus representantes. El Juez únicamente determinará si dichos criterios, definidos por el público, han sido infringidos. Con fundamento en el caso de *Vermont Yankee*<sup>189</sup> afirma en la sentencia que un Juez no puede intervenir simplemente porque considera que no se encuentra satisfecho con el resultado que se está produciendo.

Finalmente, en tercer lugar, la Corte Suprema concluye, de manera enfática, y a la vez, estableciendo uno de los criterios deferenciales más importantes en el Derecho

---

<sup>189</sup> 435 U.S., at 558



Administrativo, y del control judicial de las Administraciones Públicas, que en las fronteras de la ciencia, el Juez debe otorgar el mayor grado de deferencia posible. En efecto, dado el alto nivel científico que exige la decisión central del asunto, el Juez, considerando la experiencia y el conocimiento de las agencias u órganos a cargo, debe ser deferente hacia ellos.

Pero no sólo exige que se sea deferente, sino que además, exige que se deba exhibir el mayor grado de deferencia posible. De ahí que el cuestionamiento que el Juez realizará será mínimo; su análisis debe ser superficial y bastará para las Administraciones Públicas con garantizar un mínimo grado de razonabilidad. Por lo tanto, dada el alto grado científico de los desechos nucleares, y de que la Comisión Regulatoria Nuclear es el órgano o agencia experta en este ámbito, la Corte, haciendo un análisis superficial, concluyó que los criterios centrales a esta disputa eran razonables. De esta forma, debían de tomarse cómo válidos, a pesar de que el Circuito de Washington, D.C., órgano *a quo*, concluyó lo contrario.

Es necesario destacar que la sentencia de *Baltimore Gas* alude en sus considerandos a otra sentencia, también de la Corte Suprema, relativa al concepto de las fronteras de la ciencia. Concretamente, se refiere a *Industrial Union Department v. American Petroleum Institute* et al., en donde se estipula que debe dársele deferencia a la Agencia Ocupacional de Salud y Seguridad (OSHA) en aquellos casos en que se esté ante las fronteras de la ciencia; así, en tanto exista sustento científico respetable, la Agencia tendrá libertad para fijar los criterios que considere adecuados. Sin embargo,

en dicho caso, no se justifica una posición relativa a la de las fronteras de la ciencia, por cuanto, el razonamiento en dicho caso más bien alude a un mayor control.<sup>190</sup>

Igualmente, la referencia a las fronteras de la ciencia es una alusión directa a la Ley habilitante de la Agencia Ocupacional de Salud y Seguridad (OSHA).<sup>191</sup> Consecuentemente, el grado de deferencia está justificado legalmente. Por lo tanto, dicho caso no da sustento jurídico a la alusión y razonamiento que se hace en *Baltimore Gas* sobre el grado deferencial de las fronteras de la ciencia. Al contrario, únicamente se refiere a la referencia legal en los casos relacionados con OSHA. Dicho de otra forma, las fronteras de la ciencia poseen una base jurídica cuestionable; es difícil considerar que pueda ser generalizado, aparte de que no se da razonamiento alguno.<sup>192</sup>

Y, de forma preocupante, distintas instancias a nivel federal han aplicado el criterio de las fronteras de la ciencia, aunque se refieran a cuestiones ajenas a OSHA.<sup>193</sup> Por lo tanto, el control judicial de las Administraciones Públicas, específicamente en lo científico ha disminuido considerablemente.<sup>194</sup> Al mismo tiempo, el Juez intenta simplificar su labor de control al diferir, casi automáticamente a favor de las Administraciones Públicas.<sup>195</sup> Sin duda alguna, es un criterio que presenta poca flexibilidad, y confusión, pues la Corte, a pesar de parecer indicar que debe aplicarse

---

<sup>190</sup> Andrew D. Siegel, *The Aftermath of Baltimore Gas & Electric Co. v. NRDC: A Broader Notion of Judicial Deference to Agency Expertise*, 11 HARV. ENVTL. L. REV. 331, 354-355 (1987).

<sup>191</sup> *Ibíd.*, p. 355-356.

<sup>192</sup> *Ibíd.*, p. 360.

<sup>193</sup> *Ibíd.*, p. 361.

<sup>194</sup> *Ibíd.*

<sup>195</sup> *Ibíd.*, p. 366.

una deferencia casi automática a favor de las Administraciones Públicas, no siempre ha sido consistente en sus razonamientos.<sup>196</sup> Así, es posible citar el caso de *Motor Vehicle Manufacturers Assn. v. State Farm Mutual Automobile Insurance*, resuelto en 1983.

Asimismo, el concepto las fronteras de la ciencia, como criterio de control judicial de las Administraciones Públicas en el Derecho anglosajón, ha tenido un amplio desarrollo a nivel jurisprudencial de los Circuitos Federales. Así, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos del Circuito del Distrito de Columbia, en el caso de *International Fabricare Institute v. U.S. Environmental Protection Agency*<sup>197</sup>, llegó a afirmar que la deferencia será particularmente importante cuando, en este caso concreto, la Agencia de Protección Ambiental, evalúe aspectos científicos; al ser propios de su área de conocimiento, el Juez no debe caer en la tentación de alterar las políticas ambientales definidas.

Sin embargo, esto no implicará que se dé un control judicial adecuado. En otro caso, *Environmental Defense Fund, Inc. v. Costle*<sup>198</sup>, el mismo órgano judicial, reitera la cautela con la que debe de proceder el Juez. Finalmente, dicho órgano, llegó a afirmar, en *Alliance For Bio-Integrity, v. Shalala*<sup>199</sup>, nuevamente, el cuidado que debe de

---

<sup>196</sup> Ibídem, p. 362. La deferencia no siempre ha sido automática, como puede verse en *Motor Vehicle Manufacturers Assn. v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co*, 463 U.S. 29 (1983). Como bien afirmó la Corte en dicho caso, “[o]ur recognition of Congress’ need to vest administrative agencies with ample power to assist in the difficult task of governing a vast and complex industrial Nation carries with it the correlative responsibility of the agency to explain the rationale and factual basis for its decision, even though we show respect for the agency’s judgment in both.”

<sup>197</sup> 972 F.2d 384.

<sup>198</sup> 578 F.2d 337.

<sup>199</sup> 116 F.Supp.2d 166

demostrar el Juez, y, el enorme grado de deferencia que debe de otorgar a favor de los órganos administrativos.

A. *Análisis del control judicial de las fronteras de la ciencia.*

La postura de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América no tuvo una aceptación absoluta, y ha sido objeto de crítica constante.<sup>200</sup> Precisamente, el hecho de que la Corte, unánimemente en *Baltimore Gas*, hubiese procedido a advertir a los Jueces de evitar intervenir en asuntos técnicos, propios de las Administraciones Públicas, puede limitar severamente el control judicial de éstas.<sup>201</sup> De esta forma, la consecuencia principal de una decisión como ésta, es que se haya fortalecido los criterios de deferencia a favor de las Administraciones Públicas<sup>202</sup>; la anulación de sus criterios sería cada vez más difícil y complicado. Por lo tanto, el determinar que dichos criterios científicos estén basados en decisiones razonadas debida y adecuadamente, se ha visto severamente limitado.<sup>203</sup>

Este resultado no es producto de la casualidad, sino que, más bien, de las decisiones de Jueces que, en busca de un adecuado razonamiento, y de garantizar la protección ambiental, habían ampliado los criterios definidos legislativamente<sup>204</sup>. Como

---

<sup>200</sup> Andrew D. Siegel, *The Aftermath of Baltimore Gas & Electric Co. v. NRDC: A Broader Notion of Judicial Deference to Agency Expertise*, 11 HARV. ENVTL. L. REV. 331, 378-80 (1987)

<sup>201</sup> *Ibíd.*, p.331.

<sup>202</sup> *Ibíd.*, p. 332.

<sup>203</sup> *Ibíd.*

<sup>204</sup> Véase, en este sentido, *Ibíd.*, p.337-338.

consecuencia de ello, la Corte Suprema reacciona directamente contra lo que considera es una excesiva actuación y elaboración de criterios jurídicos por parte del Poder Judicial; el Juez no puede simplemente desarrollar criterios que considere apropiados para un caso concreto, ignorando las bases legislativas del mismo. Por ende, si se cumplía con el examen de arbitrariedad y caprichosidad, y se superaba el mismo, el Juez debía mantener la validez del acto en cuestión; esto ha llevado a que el método de análisis de control judicial establecido por *Baltimore Gas* sea denominado como el de *no look* o, el de la no mirada.<sup>205</sup> Claramente, éste contrastará con el *hard look review*, descrito anteriormente.

En otras palabras, el Juez prácticamente descarta controlar a las Administraciones Públicas, y éstas, saben que pueden justificar cualquier decisión controversial en razones científicas, para evitar la anulación del acto<sup>206</sup>; esto podría, eventualmente, hacer que el público, en general, pierda confianza en los criterios técnicos de las Administraciones Públicas.<sup>207</sup> Pero, lo que es clave, es que nunca debe negarse o hacer de lado al razonamiento jurídico que acompaña cualquier decisión administrativa.<sup>208</sup> Por lo tanto, aplicando los criterios desarrollados anteriormente, sería conveniente aplicar únicamente un criterio de deferencia.

---

<sup>205</sup> *Ibídem*, p. 359.

<sup>206</sup> *Ibídem*, p. 377.

<sup>207</sup> *Ibídem*.

<sup>208</sup> *Ibídem*, p. 376.

El concepto de deferencia y los diferentes elementos analizados del Derecho Administrativo norteamericano son importantes a la hora de analizar fenómenos comunes como lo es el activismo judicial. En este sentido, resulta importante analizar la forma en que los conceptos del Derecho Administrativo norteamericano pueden combinarse con supuestos jurídicos iberoamericanos y utilizarse para contrarrestar situaciones originadas por el activismo judicial. Al mismo tiempo, esto permitirá determinar y definir la forma de realizar el control judicial de las Administraciones Públicas. El análisis descrito será desarrollado a lo largo de la Segunda Parte.

**Segunda Parte**

**El debilitamiento del Poder Ejecutivo: La Discrecionalidad y el Activismo judicial, la**  
**erosión de las facultades administrativas y el desarrollo de un control judicial**  
**razonable y proporcionado**

La primera parte de este análisis ha permitido determinar el impacto que puede tener sobre el control judicial de las Administraciones Públicas un fortalecimiento o realce de la posición del Poder Ejecutivo y de sus criterios valorativos. De esta manera, se indicó cómo, en este caso, el control judicial de la discrecionalidad técnica podría verse definido como consecuencia de la aplicación de la deferencia por parte del órgano judicial. Por ende, pudo concluirse que un fortalecimiento o realce de las valoraciones técnicas hechas por un órgano administrativo no lo hace necesariamente inconstitucional o ilegal. Más bien, al contrario, podría facilitar la realización de un control judicial adecuado y razonable.

Al mismo tiempo, pudo comprobarse que un fortalecimiento excesivo, como es el caso de las fronteras de la ciencia, podría convertirse en un no control. Consecuentemente, una deferencia de dicho grado podría, perfectamente, llegar a ser contrario al orden constitucional de cualquier Estado de Derecho moderno. Sin duda alguna, una negación a determinar la validez de una actuación administrativa podría generar un ámbito de arbitrariedad, que permitiría al Poder Ejecutivo a actuar con impunidad. Como bien se ha señalado a lo largo de este trabajo, la meta de un control judicial responsable, razonable y proporcionado nunca debería de ser la negación del mismo.

Por el contrario, se busca una definición adecuada para garantizar un control judicial que tutele adecuadamente los derechos de los particulares, pero que a la vez garantice la eficiencia administrativa; el Derecho Administrativo no puede convertirse en un



instrumento que limite e impida el funcionamiento de las Administraciones Públicas; en ningún momento puede negarse su doble vertiente, como medio de actuación para las Administraciones Públicas, y para establecer un parámetro de garantías a favor del administrado<sup>209</sup>.

Sin embargo, no puede utilizarse para abusar del Administrado, ni para que éste se aproveche de las Administraciones Públicas. En este sentido, que se dé lo contrario, también puede afectar seriamente el balance constitucional. Claramente, que se dé un fortalecimiento del Poder Judicial, que le haga imponerse sobre el Ejecutivo y definir sus actuaciones, puede poner en serio peligro el esquema constitucional de atribuciones y funciones de cada Poder. Por lo tanto, el activismo judicial puede convertirse en serio problema del control judicial de las Administraciones Públicas, llegando, incluso, al punto de que el Ejecutivo se vea privado de su habilidad para cumplir con su atribución principal de establecer políticas específicas; su legitimación democrática se vería menospreciada.

De esta manera, del análisis de los dos supuestos citados, el fortalecimiento del Ejecutivo y su correspondiente debilitamiento, puede extraerse el balance adecuado necesario para establecer un control judicial acorde con el esquema constitucional correspondiente; el mismo únicamente se podrá obtener extrayendo los elementos propios y característicos de cada uno de los supuestos descritos, y determinar aplicarlos

---

<sup>209</sup> En relación con el carácter garantista del Derecho Administrativo, véase, García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Cívitas, 3ª ed., 1983, 99 p.

adecuadamente en un control razonable y proporcionado. Dicha definición permitirá un funcionamiento apropiado de los órganos administrativos, y a la vez, que se tutelen de forma correcta los derechos de cada administrado. Por lo tanto, es indispensable valorar las ventajas y desventajas de cada posible supuesto, conforme se ha venido indicando.

## **I. EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA DISCRECIONALIDAD**

SUMARIO: I. El Activismo Judicial y la discrecionalidad. 1. Elementos distintivos de la estructura jurídica del Estado Social de Derecho. A. La distinción de las funciones existentes entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo. B. El balance presente en el control judicial de las Administraciones Públicas. 2. Análisis de casos específicos de activismo judicial. A. El activismo judicial en los Estados Unidos de América. a) *Dred Scott v. Sandford*. b) *Plessy v. Ferguson*. c) *Korematsu v. United States*. d) *Roe v. Wade*. B. El activismo judicial en Costa Rica y la posible inconstitucionalidad de la legislación procesal contencioso administrativa. a) La declaratoria de inconstitucionalidad de la posición del Poder Ejecutivo frente al conflicto bélico contra Irak. b) La declaratoria de inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo del agotamiento de la vía administrativa. C. El activismo judicial en España. a) Posibilidad del activismo judicial en materia de Derechos Fundamentales: El Derecho a Elegir y ser Elegido.

La discrecionalidad es una potestad administrativa que constituye un elemento central y distintivo del Derecho Administrativo; es, junto a la reglada, la otra clase de potestad de que gozan las Administraciones Públicas. Como es sabido, la potestad reglada implica que la base legal es quien estipula y define el marco de acción administrativa en que deberán emprender los órganos administrativos. Por otro lado, la potestad discrecional, como ya hemos visto, presupone un ámbito de acción decisorio para las Administraciones Públicas, que no puede ni debe confundirse con un actuar arbitrario; actuación que como se sabe se encuentra vedada constitucionalmente por el artículo 9.1 de la Constitución Española.<sup>210</sup>

Precisamente, la discrecionalidad viene a reflejar el complejo proceso de análisis, de investigación, de captación de datos y de razonamiento, que se lleva a cabo en las Administraciones Públicas, para que, finalmente, éste se concretice en un acto o decisión administrativa destinada a satisfacer un interés público concreto y específico<sup>211</sup>; dicho interés, aunque podrá satisfacer las conveniencias de las

---

<sup>210</sup> Sobre estos conceptos y sus diferencias véase los trabajos de obligada consulta de Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 4ta ed., 2002. 267 p., Parejo Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 134 p., entre otros.

<sup>211</sup> Dicho proceso no debe confundirse con lo referente a los conceptos jurídicos indeterminados, los cuales no implican un uso de la discrecionalidad administrativa. Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo: Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos y Actividad y Control*. Barcelona: Ariel, 2003, p.625. Igualmente, como referencia, véase las sentencias RJ 1998/10169, RJ 1995/4937 y RJ 2004/3520 del Tribunal Supremo.

Administraciones Públicas, siempre deberá ser acorde con el interés general, en virtud del principio constitucional de la Objetividad.<sup>212</sup>.

La discreción se diferencia de la arbitrariedad, precisamente, por la motivación.<sup>213</sup> De esta forma, la discrecionalidad tendrá un papel central en cualquier organización estatal, por cuanto ésta es la base o fundamento de cualquier decisión que se tome en el ámbito público, claro está, siempre y cuando esté permitida por el sustento legal que le justifica. Precisamente, por esta razón incluye cuatro elementos reglados<sup>214</sup>; en concreto, estos son, *“la existencia misma de la potestad y, por tanto, su motivación pues lo exige el art. 54.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; extensión de la potestad que no puede ser total sino tan solo parcial; competencia para su ejercicio referida a un órgano determinado; ...siempre habrá de ser una finalidad pública pues el ejercicio de potestades para fines distintos de los que la ley le atribuye constituye desviación de poder, lo cual llevaría a la anulación del acto....”*<sup>215</sup>

Claramente, el elemento central de la motivación es indispensable para determinar la discrecionalidad de la arbitrariedad. Como bien señala el Tribunal Supremo en sus sentencias, citadas por López Pallarés, *“el concepto de arbitrariedad se vincula así en su esencia última al concepto de motivación de la que los humanos no podemos prescindir*

---

<sup>212</sup> Artículo 103.1 de la Constitución Española. En este sentido, véase, asimismo, Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho...*, p.87. Parejo Alfonso, al referirse a la objetividad, hace referencia al interés general, entendiéndole a este *como entidad de sustancia colectiva propia y distinta, por tanto, de los intereses particulares (caracterizados por la parcialidad o particularidad) y de su simple suma*. *Ibidem*.

<sup>213</sup> López Pallarés, María Ángeles. *“Arbitrariedad Administrativa ...”*, p. 353.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 354.

<sup>215</sup> *Ibidem*.

*en cuanto entes de razón, ni en cuanto <<pensamiento>> (logos) ni en cuanto al Derecho y el Derecho exige siempre justificación, demanda razones, preserva la razón. Si no se entiende esto, no se entiende nada. Razonar el porqué de su elección es su deber. El mero <<porque sí>> está constitucionalmente excluido, así como el silencio al respecto. Y dada una motivación ésta debe de ser plausible, congruente con los hechos, sostenible en la realidad de las cosas...y susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos. La motivación no sólo es exigencia técnica sino también humana puesto que el poder público es un poder funcional y está obligado a justificarse en su ejercicio. Y cuando se elude el deber de motivar las decisiones es porque <<el obligado a darla carece de una explicación exhibible >> [Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993].”<sup>216</sup>*

En este sentido, resulta evidente que el complejo proceso que engloba el concepto de la discrecionalidad administrativa merece desarrollarse bajo ciertos parámetros. Dichos parámetros vienen a reflejar muchas de las conquistas histórico-jurídicas que han contribuido al desarrollo del Estado de Derecho, y, que vienen a informar y definir al Estado Social de Derecho actual. Por lo tanto, la discrecionalidad administrativa no puede analizarse nunca aisladamente de elementos tan distintivos<sup>217</sup> del Estado Social de Derecho<sup>218</sup>, entre los que se distinguen el principio de legalidad, la reserva de ley y el control judicial de la actividad administrativa; cada uno de los mismos viene a contribuir

---

<sup>216</sup> López Pallarés, María Ángeles. “Arbitrariedad Administrativa ...”, p. 354.

<sup>217</sup> Véase en este sentido, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española.

<sup>218</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho...*, p. 141-150.

a la definición del ámbito de la discrecionalidad administrativa. En otras palabras, las bases jurídicas y los principios informadores del Estado Social de Derecho son los que definen y determinan el ámbito de discreción de que gozarán las Administraciones Públicas.

Indudablemente, la precisión de cuáles son las verdaderas bases que informan el ordenamiento jurídico de un Estado en particular son de alta relevancia. Claramente, partiendo de una base jurídica que proceda del principio Democrático<sup>219</sup>, el Estado tendrá una serie de características y cualidades que pretenderán establecer la representatividad popular, el respeto a los Derechos Humanos y la pluralidad social. Como consecuencia de ello, la discrecionalidad administrativa estará delimitada por dichos elementos e, indudablemente, deberá de reflejar dichas características en las decisiones administrativas que se tomen. Y, sin duda alguna, en tanto la discrecionalidad administrativa se aleje de dichos parámetros que informan el ordenamiento jurídico de un Estado, y no se refleje la base normativa del Principio Democrático, el Juez podrá proceder a controlar dicho ámbito.

Sin embargo, el Estado Social de Derecho, estructurado en base a la división de poderes, augura un balance apropiado para la adecuada funcionalidad del mismo. Como bien señala el Profesor Parejo, *“aunque pueda ser cierto que, en su origen, respondan a necesidades diversas y procuren, por ello, finalidades específicas y distintas,*

---

<sup>219</sup> Conforme al artículo 1.1 de la Constitución Española, España es un Estado social y democrático de Derecho. Véase, igualmente, Parejo Alfonso. *Derecho...*, p. 83.

*en el orden constitucional establecido y en términos objetivos y más amplios confluyen en definitiva en el sistema de control del ejercicio del poder público y sirven conjunta y combinadamente, así, al equilibrio entre poderes y la limitación del poder, es decir, a la finalidad última de toda división de éste.”<sup>220</sup>*

El balance que debe existir entre las tres ramas del Estado está fundamentado en relación a finos e imprecisos límites; los mismos pueden ser violentados fácilmente, y cualquier intromisión excesiva por parte de una rama del Estado en otra puede distorsionar el funcionamiento adecuado de cualquier estructura política. En este sentido, la discrecionalidad administrativa ha servido y puede servir como un instrumento para abusar y dejar sin contenido derechos fundamentales, o, para justificar actuaciones indebidas en el marco del Estado de Derecho; de ahí la necesidad de un verdadero control a dicho ámbito.

Pero, esto no implica, bajo ninguna circunstancia, que la discrecionalidad administrativa debe ser restringida y limitada hasta tal punto que la Administración Pública se vea imposibilitada para poder actuar, legítimamente, dentro del marco de sus funciones, para satisfacer el interés general objetivo; el Estado Social de Derecho exige un papel preponderante de la actividad administrativa, y una limitación excesiva a la discrecionalidad podría destruir este modelo político<sup>221</sup>.

---

<sup>220</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo: Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*. Barcelona: Ariel, 2003, p. 96.

<sup>221</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 73.



La definición del balance necesario entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, a la hora de poder determinar el legítimo ámbito de discrecionalidad administrativa, ha sido objeto de intensos debates. Concretamente, los Profesores *Luciano Parejo*, *Tomás Ramón Fernández* y *Miguel Sánchez Morón* han tenido una discusión e interesante debate doctrinal acerca de cuáles deben ser los verdaderos parámetros y dimensiones de la discrecionalidad, así como cuál debe ser el papel del Juez a la hora de controlar la actividad administrativa<sup>222</sup>.

Por un lado, el Profesor *Parejo* centró su posición en defender el concepto de discrecionalidad en torno a la figura del Estado Social de Derecho, y a poner límites al Juez para que sustituya en sus funciones a las Administraciones Públicas<sup>223</sup> y condena la sustitución judicial de la Administraciones Públicas como una forma de activismo judicial<sup>224</sup>. Por su parte, el Profesor *Tomás Ramón Fernández* insiste en la necesidad de que existan controles judiciales sobre la actuación de la Administraciones Públicas, enfatizando sobretodo en el principio de Interdicción de la Arbitrariedad<sup>225</sup> y la tutela

---

<sup>222</sup> Véase, en concreto, Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 4ta ed., 2002. 267 p., Parejo Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 134 p. *Colección: Cuadernos y Debates.*, Parejo Alfonso, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993. 131 p., Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo: Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*. Barcelona: Ariel, 2003, p.1347 y Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. 162 p.

<sup>223</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 134 p. *Colección: Cuadernos y Debates.*, Parejo Alfonso, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993. 131 p.

<sup>224</sup> *Ibídem*.

<sup>225</sup> Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 4ta ed., 2002, p. 163 y 86-93.

judicial efectiva<sup>226</sup>. El Profesor *Tomás Ramón Fernández* centra su control estricto de la actuación administrativa con base a esos dos elementos<sup>227</sup>. Del debate plantado no se han podido determinar, en definitiva, cuál es la posición prevaleciente, aunque sí se han podido extraer puntos comunes.<sup>228</sup>

El debate, sin embargo, no ha clarificado el tema. Muy al contrario, dados sus fundados razonamientos han producido una confusión en torno al concepto de la discrecionalidad administrativa y su ámbito de definición<sup>229</sup>; especialmente en lo que se refiere a la figura del Juez Contencioso Administrativo, y las facultades que se le atribuyen y cómo debe de ejercitarlas correctamente.

### 1. Elementos distintivos de la estructura jurídica del Estado Social de Derecho

La estructura jurídica de organizar un Estado con base en sus funciones, esto es, en tres Poderes, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, es un elemento central del Estado Social de Derecho<sup>230</sup>. Precisamente, es por medio de esta división que se busca evitar la

---

<sup>226</sup> *Ibíd*em, p. 172-179.

<sup>227</sup> *Ibíd*em, p. 163-179.

<sup>228</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico: Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*. 2da, ed., Navarra: Aranzadi, 1999, p. 208-210.

<sup>229</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho...*, p. 623 y Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad...*, p. 138-143.

<sup>230</sup> Dicho esquema es aplicable a España, por cuanto la Constitución Española lo establece, señalando las funciones y atribuciones de las Cortes Generales en los artículos 66 y siguientes, del Gobierno y de la Administración en los artículos 97 y siguientes y del Poder Judicial en los artículos 117 y siguientes. El Estado de Costa Rica rompe el denominado esquema de tres Poderes tradicionales, al establecerse en el artículo 9 de la Constitución Política que “*Un Tribunal Supremo de Elecciones, con el rango e independencia de los Poderes del Estado, tiene a su cargo en forma exclusiva e independiente la*

concentración del Poder, garantizar la representatividad popular y promover un control continuo en el funcionamiento del poder público; la Constitución Española refleja e incorpora la estructura jurídica de la división de poderes, en los Títulos III, IV y VI.

Claramente, la división de Poderes y su justificación como base preeminente del Estado moderno, parte de la noción de que las mismas deben funcionar independientemente de sí, pero con la suficiente coordinación y armonía necesaria para mantener un funcionamiento eficaz de la organización y estructura estatal. En este sentido, la coordinación que debe de existir es vital, pues de ella depende el balance normal y necesario que debe de existir entre los tres Poderes.

De esta forma, surgen los llamados pesos y contrapesos, los cuales constituyen instrumentos valiosos en la búsqueda de dicho balance; estos serán los medios constitucionales que garantizarán el balance orgánico y funcional del Estado moderno.<sup>231</sup> Indudablemente, de promoverse o permitirse un desbalance a favor de uno u otro Poder estatal, el esquema funcionarial se descompensaría, creando inestabilidad política, debilitando los derechos fundamentales de la población y poniendo en entredicho el Principio Democrático<sup>232</sup>.

---

*organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, así como las demás funciones que le atribuyen esta Constitución y las leyes."*

Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho...*, p. 141-150.

<sup>231</sup> Véase, concretamente, artículos 66 y siguientes, 97 y siguientes y 117 y siguientes de la Constitución Española.

<sup>232</sup> El Principio Democrático se encuentra consagrado en la Constitución Española en el artículo 1.1, al establecerse, que *España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...*

El fundamento y base del balance que debe existir entre los tres Poderes representativos del Estado Moderno se justifica en los Principios Democrático y de Interdicción de la Arbitrariedad; ambos se encuentran específicamente contemplados en la Constitución Española, precisamente, en los artículos 1.1 y 9.3, respectivamente. De esta forma, en primer término, el Principio Democrático garantizará el balance de los tres Poderes, pues éste representa la pluralidad<sup>233</sup>, la representatividad<sup>234</sup> y el respeto por el ser humano<sup>235</sup>; si dejase de existir el citado balance entre los tres Poderes, dichos valores, primordiales en cualquier Estado moderno, se verían perjudicados y limitados. Por otra parte, el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad<sup>236</sup>, vendrá a complementar el Democrático.

Precisamente, el Principio de Interdicción de la Arbitrariedad, además de ejemplificar el Estado de Derecho<sup>237</sup>, viene a determinar la imposibilidad jurídica de que cualquier órgano o ente público actúe sin apego a la estructura jurídica vigente.<sup>238</sup> Por lo tanto, vendrá a significar que no es jurídicamente viable que ningún poder altere el balance constitucional vigente, asumiendo potestades y atribuciones que no le corresponden; en el caso que esto sucediese, se alteraría el balance estatal, esencial para el funcionamiento de cualquier Estado de Derecho.

---

<sup>233</sup> Véase el artículo 1.1 de la Constitución Española.

<sup>234</sup> Véanse los artículos 23 y 66.1 de la Constitución Española.

<sup>235</sup> Artículo 10 de la Constitución Española. Véase también, Parejo Alfonso. *Derecho...*, p. 83.

<sup>236</sup> Véase, en este sentido, el artículo 9.3 de la Constitución Española.

<sup>237</sup> Véase Parejo Alfonso, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 45.

<sup>238</sup> *Ibídem*, p. 46 y Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad...*, 2002, p.163.

El balance constitucional y político que es necesario en la estructura jurídica del Estado de Derecho moderno cobra especial importancia y dinamismo cuando éste llega a desenvolverse como un Estado Social de Derecho<sup>239</sup>. Precisamente, como señala acertadamente Parejo Alfonso, la noción y concepto del Estado Social de Derecho implica la facultad que posee el Estado de poder intervenir directamente en los procesos económicos y sociales que afecten a la ciudadanía, con el fin de permitirles desarrollarse plenamente como personas; como lo contempla la propia Constitución Española,<sup>240</sup> en especial en su articulado donde se reconoce la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social.

La misma, en su Preámbulo, establece que la Nación española tiene como voluntad la de garantizar *un orden económico y social justo* y que se pueda asegurar *una digna calidad de vida* para todos los ciudadanos. Asimismo, en el artículo 9.2 se estipula que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*.

De igual manera, el capítulo III del Título I de la Constitución Española, se dedica exclusivamente a los Principios rectores de la política social y económica<sup>241</sup>. Por lo

---

<sup>239</sup> En este sentido, el artículo 50 de la Constitución Política de Costa Rica define al Estado costarricense como un Estado Social y Ecológico de Derecho.

<sup>240</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho...*, p. 128.

<sup>241</sup> Artículos 39 y siguientes.

tanto, resulta claro que se consagra a España como un Estado Social y Democrático de Derecho, en donde los poderes públicos tienen el deber y la obligación de intervenir y de actuar con el fin de garantizar un pleno desarrollo humano para todos sus ciudadanos.

Claro está, será la rama ejecutiva del Estado, en pleno cumplimiento de lo establecido por el Poder Legislativo, la que se encontrará facultada a poner en práctica, por medio de su facultad de guía y dirección política, el contenido concreto de cómo se logrará satisfacer dichos intereses sociales<sup>242</sup>. Esta atribución se reconoce en el artículo 97 de la Constitución Española, al indicarse que *el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado (...)*. Además, según esa misma norma, *ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes*.

Al mismo tiempo, la excesiva actividad estatal implicaría la posibilidad de que pudiesen existir un mayor número de actuaciones administrativas que pudiesen generar inconformidad entre ciertos ciudadanos. Por ende, se recurriría constantemente al Poder Judicial, en virtud del artículo 106 de la Constitución Española, para que éste controle la legalidad de toda la actividad administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifica.

---

<sup>242</sup> Dicha labor es complementada en su ejecución por parte de la Administración Pública; véase el artículo 103 de la Constitución Española.

La noción del Estado Social de Derecho incluso ha motivado afirmaciones que suspiran que *ha nacido el Estado intervencionista o asistencial, que es liberal en su estructura pero autoritario en su funcionamiento.*<sup>243</sup> Esto, como consecuencia, traería la posibilidad de un nuevo desbalance estructural del Estado, ya que el Poder Judicial pudiese buscar un mayor protagonismo en un diseño estatal en que el Ejecutivo lleva el peso de la dirección social y política, o, podría generar activismo en sus jueces a la hora de resolver un conflicto.

Claramente, estas características del Estado Social de Derecho vienen a enfatizar que el balance necesario que debe existir entre los tres Poderes del Estado no ha dejado de tener presencia. Al contrario, se mantiene vigente, pero ha sido redefinido y los criterios que definen el ámbito de actuación de cada Poder del Estado son cada vez más difíciles de establecer.

En otras palabras, es exigible constitucionalmente que se respete el ámbito de actuación del Poder Ejecutivo para que éste, de acuerdo con las exigencias del Estado Social de Derecho, satisfaga los intereses sociales y económicos de la población para su desarrollo óptimo como seres humanos. Al mismo tiempo, el Poder Judicial tiene la obligación de índole constitucional de velar porque las actuaciones de las Administraciones Públicas sean acordes a Derecho y que no invadan antijurídicamente la esfera de derechos fundamentales de los particulares; así lo exige la Constitución Española, como hemos visto, en su artículo 106.1. Y, todo esto debe de desarrollarse en

---

<sup>243</sup> Ortiz Ortiz, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo*. San José: Stradtman, 1998, p. 239.

el marco de acción jurídica que fije el Parlamento. Sin embargo, ninguno de los dos Poderes, en el ámbito de sus funciones, puede distorsionar o romper con el normal balance que exige la estructura estatal.

*A. La distinción de las funciones existentes entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo*

Como consecuencia de los importantes eventos históricos de los últimos doscientos años, atrás han quedado los Estados y Monarquías que basaban y estructuraban sus ordenamientos jurídicos sobre la teoría de *Stahl*.<sup>244</sup> Por lo tanto, se ha descartado la validez jurídica de establecer como referencia central a todo Estado al orden y a la eficiencia; claro está, ello no implica que se ignore la importancia que pueden tener dichos elementos en el funcionamiento en un Estado. Así, la consolidación del Principio Democrático como elemento central y distintivo de todo Estado cada vez se hace más innegable.<sup>245</sup>

De esta forma, al negarse al orden y a la eficiencia<sup>246</sup> como elementos centrales del Estado, consecuentemente descartando colocar al Ejecutivo o al Soberano sobre el Parlamento, se reconoce fehacientemente el control judicial de las Administraciones

---

<sup>244</sup> Sobre la teoría de *Stahl* y su influencia, véase, López Benítez, Mariano. *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las Relaciones Especiales de Sujeción*. Madrid: Civitas,, 1994 y Ventura Rodríguez, Manuel E. . *La categoría jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Público costarricense*. San José: Lil, 2004. 205 p.

<sup>245</sup> Véase en igual sentido, García De Enterría, Eduardo; Ramón-Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*, vol. I, 9ª ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 432.

<sup>246</sup> No obstante, la eficacia no queda fuera del esquema constitucional, pues la Administración Pública debe de actuar conforme al Principio de Eficacia, según el artículo 103.1 de la Constitución Española.



Públicas. La noción del control judicial resulta clara, pues, a pesar de reconocer facultades exorbitantes de Derecho al Ejecutivo, se determina que éstas tienen verdaderos límites. Los límites se encontrarán determinados, sin duda alguna, en el ordenamiento jurídico y en su estructura. En este sentido, la Constitución Española señala en el artículo 103.1 que la Administración Pública tendrá *sometimiento pleno a la ley y al Derecho*; o el 105 del mismo texto constitucional que consagra la obligación de desarrollar su actuación a través de un procedimiento administrativo.

La determinación de los límites para la actuación de las Administraciones Públicas se encuentra definida en el Principio de Legalidad. Sin embargo, la definición y la extensión de los ámbitos de aplicabilidad del Principio de Legalidad son centrales para poder concretizar de manera específica hasta dónde se encuentra limitada la actuación de la Administración Pública.<sup>247</sup> En este sentido, el entendimiento del Principio de Legalidad es clave, ya que el mismo puede ser comprendido de manera positiva o de forma negativa.<sup>248</sup>

El Principio de Legalidad en su acepción negativa, precisamente, denota un sometimiento negativo de la Administración a la Ley. Por lo tanto, el ámbito de actuación será mucho mayor, pues la Administración podría utilizar libremente su discrecionalidad en aquellos aspectos que la Ley no hubiese definido o precisado.<sup>249</sup>

---

<sup>247</sup> Véase Parejo, Luciano. *Administrar...*, p.68.

<sup>248</sup> García De Enterría, Eduardo; Ramón-Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*, vol. I, 9ª ed. Madrid: Civitas, 1999. p. 432.

<sup>249</sup> *Ibídem*.

Paralelamente, el Principio de Legalidad en su acepción positiva, supone la preeminencia de la Ley, lo que implica la limitación de la actuación administrativa a solamente aquellos elementos y aspectos previa y concretamente definidos por dicha norma jurídica.<sup>250</sup>

La determinación de cuál acepción del Principio de Legalidad rige no puede separarse de la concepción de Estado vigente; claramente, la noción de Estado Social de Derecho, sin duda alguna, entrará a definir si el Principio de Legalidad deberá considerarse de forma positiva o negativa.

En este sentido, y como señala *Sánchez Morón*, *"no es posible entender nuestro ordenamiento conforme un criterio general de vinculación positiva de la Administración a la ley y al derecho."*<sup>251</sup> Claramente, debe de enfatizarse que un excesivo sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico choca con el mandato constitucional de intervenir en los procesos económicos y sociales para garantizar el pleno desarrollo institucional y de la ciudadanía. Indudablemente, una excesiva limitación a la actuación administrativa y al ámbito en que puede intervenir la Administración Pública impide el cumplimiento de las mismas obligaciones constitucionales de ésta.

Adicionado a esto, debe considerarse que, hoy en día, el volumen del mercado económico, de la entrada en vigencia de la era de la información, de las nuevas tecnologías y de la inversión extranjera, entre otras, obliga a una mayor regulación y

---

<sup>250</sup> *Ibídem.*

<sup>251</sup> *Sánchez Morón, Miguel. Discrecionalidad..., p. 104 y Parejo Alfonso, Luciano. Derecho..., p.116.*

control por parte del Estado. El volumen de legislación necesario, de mantenerse una acepción positiva del Principio de Legalidad, sería enorme. Por ende, se requeriría una participación sumamente activa por parte del Poder Legislativo, que en razón de sus distintas facciones políticas, sería sumamente difícil de prever. Claramente, esto hace necesario concluir, que en un Estado Social de Derecho, la acepción del Principio de Legalidad, deberá de ser, negativa.<sup>252</sup>

Por lo tanto, y dada la naturaleza del Principio de Legalidad, no podría considerarse que la Reserva de Ley deba de ser necesariamente absoluta; se justificará la actuación del Parlamento en ciertas áreas, en razón de su importancia<sup>253</sup>. Pero, claro está, la definición del Parlamento no deberá ser absolutamente precisa, y la Administración se encontrará facultada para intervenir en aquellas áreas que no estén precisadas.<sup>254</sup>

Paralelamente, el Juez, a la hora de revisar la actuación de las Administraciones Públicas, y de analizar si han abusado de su discrecionalidad, no puede utilizar dicha oportunidad para avanzar o promover sus propias ideas o una agenda política; la propia Constitución Española se lo prohíbe en su artículo 117.4<sup>255</sup>, el cual señala que únicamente podrá llevar a cabo aquellas funciones que le estén claramente definidas y estipuladas.

---

<sup>252</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho...*, p.116

<sup>253</sup> Parejo, Luciano. *Administrar...*, p. 76-78.

<sup>254</sup> *Ibídem*.

<sup>255</sup> Artículo 117.4: *Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho.*

La promoción de una agenda política puede ser indistintamente de corte conservador, liberal o progresista. Claramente, el activismo judicial puede encontrarse presente dentro de cualquier círculo ideológico político. Precisamente, por esta razón, el operador jurídico debe ser cuidadoso de no desconocer la naturaleza técnica de la práctica jurídica, y ser riguroso en el manejo de los instrumentos jurídicos bajo su responsabilidad. De lo contrario, el activismo judicial se encontrará presente en su labor.

En otras palabras, no puede abusar de su posición, de sus facultades y de sus responsabilidades constitucionales para, efectivamente, sustituir a la Administración<sup>256</sup>. La efectiva sustitución por parte del Juez a la Administración, mediante la cual el primero coloca sus razonamientos y conclusiones por encima de las que realizó aquella, constituye activismo judicial; éste es completamente contrario al esquema constitucional español y violenta flagrantemente el Principio Democrático. Los estudios sobre el activismo judicial nacen de una preocupación por llevar a cabo una aplicación estricta del Principio de la separación de Poderes, y de evitar lo que se ha denominado el legislar desde la silla del Juez<sup>257</sup>; en otras palabras, el Juez debería interpretar el significado de un texto y no lo que éste debería de decir.<sup>258</sup>

---

<sup>256</sup> El Profesor Tomás Ramón Fernández toma una posición, de índole pragmático, con base en la cual considera que la sustitución es válida. Véase, Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad...*, 2002, p.172-179.

<sup>257</sup> Ayers, Marc James. Unpacking Alabama's Plain-Meaning Rule Of Statutory Construction. *Alabama Lawyer*. 67 Ala. Law. 31, January, 2006, p. 32.

<sup>258</sup> *Ibíd*em, p. 33.

Por lo tanto, la ambigüedad o la desproporcionalidad en un texto normativo no faculta al Juez para que proceda a su corrección; ésta aclaración le corresponde al órgano u ente que lo promulgó.<sup>259</sup>

En efecto, *“el control de la discrecionalidad se torna así en una expresión engañosa, pues, en rigor, no puede (no debe) tener objeto alguno, revelándose (y esto es importante) como identificativa de un modo de proceder en la fiscalización de determinadas decisiones de la Administración, para cuya adopción cuenta ésta con un margen (más o menos amplio, según los casos) de libre movimiento, permitido por el Derecho.”*<sup>260</sup>

Sin embargo, esto no ha impedido que, a lo largo de la historia, se hayan dado una serie de reacciones frente a cierto tipo de decisiones judiciales que pudieran ser o no populares entre el público general, en un determinado contexto social.<sup>261</sup> En este sentido, debe encontrarse un balance adecuado en relación a la independencia judicial y el tratamiento constitucional de estos; su independencia debe ser controlada, pero no limitada al punto de que estos carezcan de la posibilidad de elaborar un criterio propio.<sup>262</sup>

---

<sup>259</sup> *Ibíd.*, p.34.

<sup>260</sup> *Ibíd.*

<sup>261</sup> Legomsky, Stephen H. Deportation And The War On Independence. Symposium: The Great Writ: Developments in the Law of Habeas Corpus. *Cornell Law Review*. January, 2006, p. 386-387.

<sup>262</sup> *Ibíd.*, p. 392.

El activismo judicial<sup>263</sup> nace de una serie de factores, entre los que se puede distinguir el poco protagonismo del Juez en la planificación estatal, su ideología política y su discrepancia con la planificación gubernamental.<sup>264</sup> Estos factores fomentan la necesidad del Juez, a la hora de revisar la actuación administrativa, de buscar avanzar sus propias ideas. Indudablemente, el activismo judicial rompe con el esquema constitucional, y mucho más grave, con el Principio Democrático, por cuanto destruye el delicado balance de la división de poderes; dicho fenómeno permite que el Juez se convierta en director de la política y planificación de un Estado sin la necesaria legitimación democrática; ello es directamente contrario a los artículos 23.1<sup>265</sup> y 97 de la Constitución Española.

---

<sup>263</sup> El problema del activismo judicial no es ajeno a España. En este sentido, véase, Schwartz, Herman (Ed.). *The Rehnquist Court : Judicial Activism on the Right*. New York: Hill and Wang, 2002. 288 p.

<sup>264</sup> A nivel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas también se ha hablado de activismo judicial. En este sentido, se ha afirmado que *“para entender la saga de sentencias sobre los derechos especiales de los Estados en las empresas privatizadas, es preciso tener en cuenta el contexto histórico en el que se producen, tras la definitiva liberalización de los movimientos de capital y el éxito de la tercera fase de la unión monetaria. El otro elemento fundamental que ha condicionado esta jurisprudencia ha sido el abuso de esos derechos especiales en la práctica por parte de los EE.MM. Sin duda, ambas circunstancias han pesado en la actitud del Tribunal, que ha censurado la inmensa mayoría de las acciones de oro que se habían reservado los EE.MM. en los procesos de privatización, porque suponían un obstáculo en el proceso de consolidación de un mercado financiero paneuropeo, capaz de aprovechar plenamente las economías de escala generadas por la unión monetaria. El carácter creativo de esta jurisprudencia podría permitir a algunos hablar de activismo judicial.”* Igualmente, se ha señalado que *“en ese contexto, no es conveniente que el TJCE actúe como elemento incentivador del liberalismo económico, interpretando en un sentido desregulador las disposiciones del Tratado que pueden afectar a la legítima capacidad de intervención del Estado en la economía. Se traicionaría así la neutralidad política que debe presidir la acción judicial.”* Hinojosa Martínez, Luis Miguel. *La acción de oro en Derecho Comunitario: Activismo Judicial versus Intervencionismo Estatal*, p. 31- 32, 35. Igualmente, véase también Tridimas, Takis. *The Court Of Justice And Judicial Activism*. *European Law Review*. E.L. Rev. 1996, 21(3), 199-210, 1996.

<sup>265</sup> 1. Los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

Al mismo tiempo, es necesario enfatizar que el activismo judicial puede tener otra faceta. El Juez, por medio de razones técnicas, después de revisar la actuación administrativa podrá concluir que la misma es contraria a Derecho. Sin embargo, en vez de anular ésta y de remitirla a la Administración para que haga la corrección correspondiente, éste procederá a realizar la corrección él mismo<sup>266</sup>.

A pesar de que el Juez pueda estar realizando una corrección de la actuación administrativa basada en razones técnicas, y no esté tomando como referencia sus ideas o ideología política, dicho ejercicio constituye activismo judicial.

En este sentido, López Pallarés ha manifestado que *“el problema surge en la práctica y no ya en la vía administrativa sino en la vía jurisdiccional ya que los tribunales se limitan unas veces a anular el acto o resolución arbitraria de la administración, pero otras veces van más allá y además de esa anulación llegan incluso a sustituir la decisión administrativa, no de una forma arbitraria sino ajustándose a Derecho. Y es aquí donde la doctrina difiere, pues un sector admite esta posibilidad y otros la niegan rotundamente, calificando esa actuación de <<activismo judicial>>.”*<sup>267</sup>

Dicho elemento quedó fielmente reflejado en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 20 de febrero de 2007, que analiza la anulación de una orden ministerial que eliminaba una

---

<sup>266</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación...*, p.78 y Parejo, Luciano. *Administrar...*, p.29. Asimismo, como afirma Parejo Alfonso, a pesar de que la línea principal del Tribunal Constitucional niega las facultades del Juez de sustituir a la Administración, se han dado excepciones importantes a ese criterio. En tal sentido, ver, Parejo, Luciano. *Administrar...*, p. 32.

<sup>267</sup> López Pallarés, María Ángeles. *“Arbitrariedad Administrativa ...”, p.354.*

subvención. El Tribunal Supremo procedió a determinar un posible supuesto de ilegítima sustitución del Poder Judicial de una función administrativa:

*“Y, en último término, debe significarse que, si el Abogado del Estado hubiera articulado adecuadamente este motivo de casación, procedería declarar que la sentencia de la Sala de instancia incurre en error jurídico, en cuanto que extiende el pronunciamiento del fallo a la declaración de condena de la Administración, reconociendo el derecho del recurrente al percibo de la subvención y no limitarse a ordenar la retroacción de actuaciones para que se corrija la falta de motivación de la resolución impugnada, cuando no concurren los presupuestos legales y procedimentales para dictar un pronunciamiento de plena jurisdicción, lo que evidencia que el Tribunal sentenciador ha desconocido la jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sobre el alcance y los perfiles delimitadores del carácter potestativo o discrecional de la concesión de las subvenciones al amparo de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre ( RCL 1986, 14), de incentivos regionales y los Decretos que la desarrollan, que se resume en la sentencia de 22 de septiembre de 2000 ( RC 3260/1993 [ RJ 2000, 7686] ), en los siguientes términos:*

*«En la concesión de beneficios o incentivos regionales puede ocurrir que el órgano decisor esté "[...] condicionado por el límite de los recursos económicos disponibles, razón por la cual tiene que seleccionar entre las solicitudes concurrentes, prefiriendo aquellas que más eficazmente realicen el objetivo de promover el desarrollo regional, razón que justifica la utilización de esta técnica de fomento, [...] para paliar a través de ella las consecuencias perjudiciales de los desequilibrios interterritoriales y coadyuvar así a la solidaridad entre las diversas partes del territorio español".*

*Pero esta facultad administrativa de evaluar discrecionalmente el grado de prioridad otorgable a un proyecto o a otro en función de criterios de desarrollo regional no debe confundirse, sin embargo, con el juicio sobre el cumplimiento de los presupuestos o requisitos objetivos que han de cumplir todos los proyectos presentados, de modo que se debe atender al carácter bipolar de esta facultad que si, por un lado, habilita a la Administración para fomentar la actividad subvencionable, por otro lado no permite a esta misma Administración negar sin más la subvención cuando la actividad que pretenda acogerse al régimen de incentivos regionales esté comprendida en uno de los sectores promocionables, reúna los demás requisitos objetivos exigidos en los correspondientes Reales Decretos y no deba ser pospuesta, en los límites de las disponibilidades*



*presupuestarias, ante otras solicitudes que puedan reputarse más apropiadas para el cumplimiento de los fines a que tienden aquellos incentivos».*

*En este sentido, delimitando el alcance del fallo estimatorio de conformidad a lo dispuesto en el artículo 71.4 de la LJCA ( RCL 1998, 1741 ), en la sentencia de esta misma Sala de 15 de junio de 2005 ( RC 2458/2002 [ RJ2005, 4919 ] ), dijimos:*

*«Queda por resolver en qué ha de consistir nuestro fallo. No puede esta Sala, aun actuando como Sala de instancia con plenitud de jurisdicción, acceder a lo pretendido en su demanda y declarar su derecho a recibir la subvención solicitada, más los intereses correspondientes, puesto que no podemos suplantar la capacidad de la Administración, circunscrita por las disposiciones a que se ha hecho ya referencia, a decidir si la subvención solicitada cumple o no con dicha normativa. Tampoco podemos limitarnos, empero, a anular las resoluciones impugnadas, puesto que la Administración ya apreció que la subvención entraba dentro de los sectores promocionables del artículo 7.1 del Real Decreto 883/1989 ( RCL 1989, 1599, 2422 ), denegándola en virtud de una exclusión de actividades acordada en su día por el Consejo Rector de incentivos regionales, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 del precepto, y que había sido ya derogada.*

*Por consiguiente, debemos retrotraer las actuaciones al momento anterior a resolver sobre la subvención para que la Administración verifique la procedencia de otorgarla, teniendo en cuenta que la inversión proyectada se encontraba comprendida en los sectores promocionables previstos en el artículo 7.1 del Real Decreto 883/1989 y que no está excluida por la causa mencionada en la resolución individual ahora anulada».*

*Debe por tanto manifestarse que según se desprende de la doctrina expuesta en la sentencia de esta misma Sala de 5 de marzo de 2005 ( RC 5625/1999 ), sólo en el supuesto en que la actuación de la Administración haya sido declarada arbitraria por carecer de motivación y tachada de discriminatoria, y se acredite el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en la normativa aplicable en materia de subvenciones, y se haya seguido en todos sus trámites el procedimiento de concesión de incentivos regionales, de conformidad a lo establecido en el Capítulo V del Título II del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre ( RCL 1987, 2611 ), que aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 50/1985 ( RCL 1986, 14 ), podrá resultar procedente que los tribunales de lo Contencioso-Administrativo reconozcan el derecho a percibir la subvención solicitada, ordenando al Ministerio de Economía y Hacienda a que establezca las condiciones generales y particulares a las que quedara supeditada la concesión de dicha subvención, conforme a lo dispuesto en los*

*artículos 1 y 7 de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales.”*

De igual manera, es necesario destacar que el término de activismo judicial es sumamente difícil de precisar, y, además, genera enorme controversia; por cada situación que pueda presentarse de activismo judicial, podrá encontrarse otra en la que se argumente que existe lo contrario, o sea, pasividad judicial.<sup>268</sup> Claramente, el pragmatismo muchas veces marcará las decisiones judiciales.<sup>269</sup>

En efecto, la constatación de un vicio en la actuación de la Administración Pública es la labor del Juez. Pero, en ningún momento se encuentra éste facultado para sustituir a la Administración, y dejar sin efecto sus facultades discrecionales, para tomar éste mismo la decisión. La consecuencia más directa de este ejercicio de activismo judicial será un fortalecimiento desproporcionado del Poder Judicial, el cual le convertirá en el nuevo planificador político del Estado<sup>270</sup>; éste es un papel que no le corresponde constitucionalmente<sup>271</sup>. Dicho fortalecimiento destruirá el balance de Poderes, y además, permitirá que un órgano constitucional, sin legitimación democrática y carente de representatividad, dicte la política estatal.

Sin embargo, a pesar de esto, la sustitución de las decisiones administrativas es defendida por ciertos sectores. En efecto, se afirma que “*es obvio que un Juez no es*

---

<sup>268</sup> Tridimas, Takis. The Court Of Justice And Judicial, p. sn.

<sup>269</sup> Ibídem.

<sup>270</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación...*, p.78.

<sup>271</sup> Ibídem, p. 75. Asimismo, véase el Artículo 97 de la Constitución Española.

*quién para decidir en nombre del Derecho por dónde debe de ir una carretera o dónde debe emplazarse una central nuclear, lo más que podrá decir es que la carretera no debe pasar por ese lugar concreto o que la central nuclear no puede situarse en el lugar previsto. Y es aquí donde se admite la posibilidad de sustitución, pues entre el criterio de la Administración y el de los jueces la Constitución ha optado por éste. El problema es, en buena parte, de forma y ello sin perjuicio del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así vemos que incluso en estos casos de sustitución administrativa tampoco los jueces actúan arbitrariamente, sino sólo en base a la ley y concretamente el artículo 106.1 de la Constitución. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que <<una aplicación de la legalidad que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, no puede considerarse fundada en Derecho y lesiona por ello el derecho a la tutela judicial efectiva>> (sentencia de 16 de noviembre de 1992).”<sup>272</sup>*

*Asimismo, se ha justificado esta posición en el hecho de que “...<<la concepción tradicional del contencioso-administrativo, el modelo francés del <<excés de pouvoir>>, la idea de un proceso al acto ha concluido en España. El contencioso no es un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la administración, entre sí confrontados>>. Así pues, el proceso contencioso administrativo versa sobre derechos-y hoy también sobre intereses legítimos, porque a ellos alcanza por igual la tutela judicial efectiva que el artículo 24 garantiza-. Esos derechos e intereses legítimos son los que acotan su ámbito*

---

<sup>272</sup> López Pallarés, María Ángeles. “Arbitrariedad Administrativa ...”, p.354-355.

*y delimitan, a la vez, el campo de actuación del juez. En la correcta definición de los derechos e intereses legítimos radica una de las claves del problema. De los pozos secos ni el juez, ni nadie, puede sacar agua. El juez no tiene otra herramienta que el Derecho y no puede llegar, por tanto, más allá de donde el Derecho le permite”.*<sup>273</sup>

Por lo tanto, se viene a justificar y a validar la sustitución administrativa. Dicha posición doctrinaria concluye, de esta manera, que *“la sustitución en sede judicial de las decisiones administrativas discrecionales cuyo punto de partida teórico es la existencia de una pluralidad de alternativas legalmente indiferentes a priori. Así pues, cuando se habla de sustitución administrativa se está haciendo referencia única y exclusivamente a las potestades discrecionales de la Administración”*<sup>274</sup>; se considera, que *“juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor...”*.<sup>275</sup>

Dichas observaciones identifican los problemas de corte técnico jurídico que se hacen presentes. Indudablemente, juzgar a la Administración contribuye a administrar mejor. Sin embargo, el control que implica dicho juzgamiento no puede sobrepasar las atribuciones constitucionales otorgadas a favor del Juez. Específicamente, el hecho de que se le den facultades de orden constitucional para controlar las actuaciones administrativas, no implica que éste abuse de las mismas para favorecer una posición suya política o doctrinaria concreta. Por lo tanto, cualquier sustitución dirigida a

---

<sup>273</sup> Ibídem, p. 355, citando a García de Eneterría.

<sup>274</sup> Ibídem.

<sup>275</sup> Ibídem.

fomentar una política específica jurídica va más allá de cualquier atribución constitucional y lleva, necesariamente, al activismo judicial.

Claro está, no puede llegar a confundirse el activismo judicial con los deberes que tiene el Juez, con fundamento en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución Española. Indudablemente, se encuentra obligado, conforme el artículo 24.1 de la Constitución Española a brindar la asistencia judicial necesaria para que la parte que acuda ante él no se encuentre en estado de indefensión; ello implicará que ninguna causa podrá quedarse sin resolver, el debido proceso deberá de informar cada una de las tramitaciones ante ésta y que la decisión final sea la adecuada para resolver el conflicto en discusión.

Por lo tanto, sería completamente contraproducente el que un particular acudiese a la jurisdicción ordinaria y que su causa, a pesar de ser escuchada y tramitada conforme al debido proceso, se resolviera de una manera en que fuese indiferente al conflicto en cuestión. Claramente, la jurisdicción ordinaria carecería de legitimación en el orden estatal y democrático, pues no existiría forma de poner fin, jurídicamente, a los conflictos y pleitos que plagan cualquier sociedad, especialmente aquellos con la Administración.

Habiendo establecido la importancia de la tutela judicial efectiva en el Estado Social de Derecho, inmediatamente resulta necesario aclarar la diferencia que tiene con el activismo judicial. En primer término, en lo que se refiere a la primera dimensión del activismo judicial, la distinción pareciera no traer grandes complicaciones. En este

sentido, el activismo que puede tener un Juez de impulsar una agenda política o una ideología en particular, claramente, choca y contradice el propio derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; el hecho de que se esté promoviendo un conjunto de ideas, ajenas a las partes y al litigio, indudablemente, deja a todos en estado de indefensión.

Las dificultades nacen con la segunda dimensión del activismo judicial. Primero que todo, resulta ya difícil establecer cuando un Juez, en base a razones técnicas, se encuentra excediendo su ámbito de funciones. La mayor dificultad se encuentra, precisamente, en el hecho de que el Juez pareciera que, a pesar de estar excediendo sus funciones e incurriendo en activismo judicial, está satisfaciendo la tutela judicial efectiva; pareciera que le está dando una solución apropiada, justa y definitiva al conflicto que tiene en cuestión. El conflicto que se suscita tiene diversas complicaciones, la más importante siendo el hecho de que todo pareciera indicar que la tutela judicial efectiva justifica un desbalance en la división de poderes, y por ende, en la estructura democrática del Estado.

Sin embargo, las aseveraciones que parecieran justificar el desbalance estatal, con base en la tutela judicial efectiva, parten de una noción equivocada de la misma. Dicho derecho fundamental, el cual debe extenderse a todas las personas, según el artículo 24.1 de la Constitución Española, no es ajeno a las Administraciones Públicas. En efecto, en la sentencia 175/2001, el Tribunal Constitucional Español afirmó categóricamente que las Administraciones Públicas tenían derecho a la tutela judicial efectiva; esto es, no pueden quedar en estado de indefensión.

Por lo tanto, de entenderse que la tutela judicial efectiva permite la inestabilidad y el desbalance constitucional de los tres Poderes del Estado, se estaría dejando en estado de indefensión a las Administraciones Públicas; y esto en su lugar, es también violatorio de la tutela judicial efectiva. De esta forma, debe entenderse, correctamente, que el activismo judicial es contrario a la tutela judicial efectiva y que nunca puede justificarse una con la otra. Si esto fuera así, un derecho fundamental se estaría aplicando de manera irresponsable para satisfacer una posición procesal en un proceso contencioso administrativo que es insostenible.

De ahí que resulte totalmente improcedente que el Juez Contencioso Administrativo pretenda, o, que por razones técnico jurídicas, justifique imponer o establecer un criterio que no fue valorado oportunamente por las Administraciones Públicas.<sup>276</sup> En otras palabras, el Juez Contencioso Administrativo no puede, a la hora de revisar una determinada actuación administrativa, dar una decisión sustantiva a un problema concreto. Dado que posee una competencia específica y particular dentro de la estructura del Poder Judicial, pues debe valorar las actuaciones de las Administraciones Públicas, las funciones del Juez Contencioso Administrativo no pueden equipararse a las de cualquier otra jurisdicción.

---

<sup>276</sup> Otro caso específico donde podría darse el activismo judicial en la llamada discrecionalidad técnica. La discrecionalidad técnica, que no es discrecionalidad administrativa, implica una deferencia por parte del Juez, a los criterios de la Administración, como consecuencia del alto nivel técnico o a la dificultad de la materia que se está regulando. Parejo Alfonso, *Derecho...*, p. 627. Véase también, Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*. Madrid: Civitas, 1997, 160 p. Asimismo, esto puede verse reflejado en la doctrina *Chevron* 467 U.S. 837, complementada por la de *U.S. vs. Mead* No. 99—1434, de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Por lo tanto, éste, en el momento de enfrentarse a unas pretensiones concretas en las que las Administraciones Públicas figuren como una de las partes, la solución concreta que deberá darse será la determinación de si las actuaciones administrativas en cuestión son o no contrarias a derecho; su función será una revisora<sup>277</sup>.

Como bien establece Igartua Salaverría, tres elementos saltan a la vista que justifican esto. En primer lugar, el hecho de que *“tanto la discrecionalidad como la libre valoración, cuyo ejercicio ha disciplinado el legislador, quizás quepan ser consideradas como zonas francas, zones du non-droit; de manera que sería un contrasentido auspiciar a su respecto un control de legalidad.”*<sup>278</sup>

Igualmente, que *“si el legislador mismo confiere a la Administración potestades discrecionales y confía a los tribunales de instancia la facultad de valorar libremente las pruebas, se extralimitarían en sus funciones quienes se entrometen fiscalizando a la Administración desde fuera (los jueces) o a los tribunales de instancia desde jurisdicciones de otra naturaleza (p.ej. la casación) en esas parcelas.”*<sup>279</sup>

Y, por último, que *“la justificación de decisiones no reguladas legalmente (como las discrecionales o las de libre apreciación del material probatorio) podrán ajustarse a criterios de oportunidad, políticos, incluso científicos...pero no a parámetros legales (ya que la ley nada estatuye sobre el particular) que son los únicos para los que están*

---

<sup>277</sup> Para una visión contraria, ver, Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad...*, 2002, p.106-108. Sin embargo, las razones del Profesor Tomás Ramón Fernández son de índole pragmático. Para una posición diferente, véase también Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho...*, p. 1142-1143.

<sup>278</sup> Igartua Salaverría, Juan. Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Judicial. en. *Revista vasca de administración pública*. No. 46, 1996, p. 96.

<sup>279</sup> *Ibídem*.



*habilitados los jueces que supervisan la actividad discrecional de la Administración o los que examinan la valoración de las pruebas efectuadas por tribunales de instancia”.*<sup>280</sup>

Como bien ha señalado el Tribunal Supremo, es cierto que la discrecionalidad administrativa no puede ser objeto de revisión en sede jurisdiccional con base en consideraciones o motivos de la mayor o menor conveniencia u oportunidad. Como ha tenido ocasión de señalar esta Sala, el control judicial de la actuación administrativa es de legalidad plena, como resulta de los arts. 24.1 y 106 CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), extendiéndose respecto de la discrecionalidad sólo hasta donde lo permite el contraste con el ordenamiento jurídico a través de las plurales técnicas admitidas por la jurisprudencia -fundamentalmente, elementos reglados, desviación de poder, hechos determinantes y Principios generales del Derecho-. Si bien, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) justifica, además, la exigencia de una motivación suficiente respaldada en datos objetivos con los que ha de mantener una cierta coherencia lógica la decisión administrativa adoptada, aunque, desde luego, ha de reconocerse que la Administración conserva un ámbito de opción que posibilita alternativas diversas, jurídicamente legítimas, en función del interés contemplado por la norma habilitante de la potestad que ejerce.<sup>281</sup>

De esta forma, el Juez Contencioso Administrativo analizará a la luz de la legislación vigente una determinada actuación administrativa, los elementos reglados que le

---

<sup>280</sup> *Ibídem.*

<sup>281</sup> RJ 2001\1454, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 26 febrero 2001.

justifican y su ajuste al ordenamiento jurídico como conjunto, y determinará su ajuste a ésta o no<sup>282</sup>; de ajustarse al esquema legislativo vigente, las pretensiones deberán de ser desestimadas, mientras que si resultan ser contrarias a derecho, el Juez deberá de hacerlo así constar. Esa será la solución específica que se le dará al caso concreto.

Si la actuación resultase ser contraria a Derecho, el Juez deberá de remitir las actuaciones al órgano u ente competente, para que, con base a las valoraciones técnico jurídicas realizadas, la Administración revise su actuación y la lleve a cabo nuevamente respetando cualesquiera normas jurídicas hayan sido menospreciadas. Por ende, la Administración, con fundamento en sus potestades y atribuciones constitucionales, podrá, **discrecionalmente**, y conforme a Derecho, tomar la decisión que jurídicamente sea la más indicada; claro está, el elemento de la juridicidad no implicará única y exclusivamente la conformidad a Derecho, sino que además que ésta decisión se ajuste plenamente a las políticas planificadoras de las Administraciones Públicas.

Al mismo tiempo puede corroborarse el hecho de que en un Estado Social y Democrático de Derecho, la jurisdicción contencioso administrativa deberá ser necesariamente de orden revisor. Esto resulta, precisamente, del hecho que, de permitirse una mayor participación del Juez, se fomentaría y permitiría el activismo judicial, se debilitaría el Principio Democrático y se desnaturalizaría el esquema orgánico funcional estatal. Indiscutiblemente, de no ser de orden revisor, la jurisdicción Contencioso Administrativa estaría facultada, sin legitimación democrática, para definir

---

<sup>282</sup> Parejo, Luciano. *Administrar...*, p.50 y 58 y p. 630-632.

políticas de planeamiento que le corresponden al Poder Ejecutivo y para definir el curso ideológico de un Estado; constitucionalmente, dichas funciones no le corresponden al Poder Judicial ni encuentran sustento en los Principios organizadores del Estado Social de Derecho.

*En este sentido, “quien esté en desacuerdo con la decisión discrecional y en vía administrativa no obtenga satisfacción, tiene expedita la ruta hacia el contencioso. Y al tribunal le tocará examinar, a la luz de los argumentos de la parte demandante, si la motivación que deberá acompañar a la decisión administrativa todavía se tiene en pie o no. Se trata, pues, de confrontar dos argumentaciones. Si el razonamiento justificatorio de la Administración aguanta el tipo frente a la contraargumentación de la actora, el Tribunal confirmará la decisión administrativa. Si, por el contrario, la motivación del acto discrecional no resiste a la ofensiva argumental del recurrente, el Tribunal procederá a anular la decisión controvertida por arbitraria.”<sup>283</sup>*

Claro está, el hecho de que la jurisdicción contencioso administrativa sea de orden revisor inmediatamente hace dudar acerca de qué es revisable de la actuación administrativa. En este sentido, es de suma importancia denotar la importancia de distinguir en las actuaciones administrativas los elementos de oportunidad y de legalidad o reglados, que se encuentran presentes<sup>284</sup>. El criterio de oportunidad en la

---

<sup>283</sup> Igartua Salaverriá, Juan. Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Judicial. en. *Revista vasca de administración pública*. No. 46, 1996, p.112.

<sup>284</sup> En este sentido, el Profesor Tomás Ramón Fernández considera que la distinción es innecesaria. Véase, Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad...*, 2002, p.94-97.

actuación administrativa engloba la valoración que llevan a cabo las Administraciones Públicas a la hora de tomar una decisión; una valoración que, indudablemente, deberá de ser razonada y motivada<sup>285</sup>. Por lo tanto, refleja una decisión fundamentalmente discrecional de las Administraciones Públicas. Paralelamente, la legalidad o los elementos reglados de una actuación administrativa reflejará aquellos aspectos definidos y determinados normativamente; claramente, estos serán los más sencillos de notar a la hora de analizar una actuación administrativa específica.

Indudablemente, ambos aspectos podrán ser objeto del control revisor por parte del Juez. El control de legalidad no presentará mayor problema, ya que consiste en un mero examen por parte del órgano jurisdiccional de la actuación administrativa cumple fielmente con lo estipulado en la normativa vigente y aplicable al caso concreto. Sin embargo, el control de la oportunidad sí presenta varias complicaciones, específicamente, por el alto grado de activismo judicial que puede ocasionarse. El riesgo de activismo judicial es claro, ya que al estarse analizando y controlando si una decisión sustantiva de las Administraciones Públicas se ajusta a Derecho, puede darse el peligro de que el Juez llegue a sustituir los criterios valorativos utilizados por el órgano o ente público.

Y de suceder esto, el Juez estaría invadiendo competencias que no le son propias; esto lleva a reflejar que el Juez, a la hora de valorar las razones por las cuales un órgano o ente público en particular llegó a una determinada conclusión, no puede utilizar el

---

<sup>285</sup> Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad...*, 2002, p. 162-171.

mero capricho como parámetro de análisis. Al contrario, deberá verificar que se ajuste al orden normativo vigente. Pero, claro está, el proceso de verificación de ajuste o no con el orden normativo no es sencillo, pues no implica un criterio de legalidad, que con una mera constatación, se logrará determinar.

De esta forma, a la hora de llevar a cabo dicho control, el Juez Contencioso Administrativo deberá asegurarse que la decisión sustantiva, en sí, no sea contraria al ordenamiento jurídico, y que los hechos determinantes que justifican la misma sean conformes al acto administrativo dictado. Esto tendrá como consecuencia que el Juez tenga que asegurarse que la decisión no sea contraria a ninguna norma jurídica sustantiva vigente, ni a ningún Principio general del Derecho. Adicionalmente, deberá tomar en cuenta que no existan lesiones a derechos fundamentales o posibles problemas de constitucionalidad; de ser así, deberá tomar las acciones que correspondan, si fuese necesario, dirigiendo el proceso al Tribunal Constitucional<sup>286</sup>.

De cumplir con dichos requisitos, y de no violentar requisito alguno reglado jurídicamente necesario para dicha situación en concreto, sustantivamente, la actuación administrativa debería ser válida. Pero, bajo ninguna circunstancia, el Juez podrá basar su decisión en razones que carezcan de sustento jurídico y que no puedan justificarse en una norma jurídica vigente; las razones ideológicas o de orden práctico no son válidas para controlar a las Administraciones Públicas.

---

<sup>286</sup> Véase el artículo 163 de la Constitución Española.

En este sentido, ya el Tribunal Supremo ha sido enfáticamente claro. Concretamente, en materia de tarifas de transporte público, se estipuló, *qué duda cabe que el mentado art. 93 de la Ley 41/94 confiere plena discrecionalidad a la Administración demandada para "valorar los objetivos que se acuerden para la coordinación de los distintos medios de transporte", y que ello se traduce en la fijación de los porcentajes que tenga por conveniente sin que sea oportuno que los Tribunales de Justicia sustituyan esa discrecionalidad administrativa por la suya propia*<sup>287</sup>; asimismo, se indicó que *el recurso debe estimarse, pues la sentencia recurrida, como se indica por el Abogado del Estado, ha invadido un campo reservado a la discrecionalidad administrativa que está vedado al control jurisdiccional, y ha creado una indefinición en orden a determinar cuál es el porcentaje adecuado en que debe computarse el déficit del servicio para que no pueda entenderse que es desproporcionado en relación con los otros criterios tenidos en cuenta para cuantificar la subvención.*<sup>288</sup>

Además, se ha llegado a manifestar en materia tributaria, también por el Tribunal Supremo, que *es en el seno del procedimiento expresado donde el contribuyente puede impugnar la valoración practicada por la Administración demandada, considerando que la vía judicial no es apta para ello, por no poder sustituirse la discrecionalidad administrativa en la valoración de los terrenos, -discrecionalidad que nunca puede alcanzar la arbitrariedad «ex» art. 9.3 de la CE ( RCL 1978, 2836) -, por la propiamente*

---

<sup>287</sup> RJ 2004\4189, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 7 julio 2004.

<sup>288</sup> *Ibídem.*

*judicial, y ser preciso que los órganos técnicos de la Administración puedan manifestarse oportunamente en función del resultado de dicho procedimiento.*<sup>289</sup>

Sin duda alguna, en la práctica, a pesar de ser centrales y esenciales dentro del esquema orgánico del Estado Social de Derecho, estos criterios son sumamente difíciles de aplicar; incluso, podría incluso discutirse acerca de si existe una verdadera concientización de su importancia y de la necesidad de su aplicabilidad. Vale destacar, que podría afirmarse que, peligrosamente, el Poder Ejecutivo, en cualquier Estado, se encuentre en períodos de crisis política, de inestabilidad gubernamental o con problemas de gobernabilidad, se dejaría un vacío de planificación sumamente peligroso<sup>290</sup>.

Claramente, y especialmente en muchos países en América Latina, se da el fenómeno de que existen Estados sin rumbo; esto es, Estados que carecen de un funcionamiento óptimo y eficaz y sin una política de planeamiento coherente. Dado su funcionamiento ineficaz y ante la sensación de un Estado sin rumbo, muchas decisiones de suma trascendencia terminan en manos del Poder Judicial. Dichas decisiones, generalmente, llegarán ante el Juez, pues se trata de cuestionamientos de las actuaciones administrativas. Por lo tanto, dada la inestabilidad e indecisión política y

---

<sup>289</sup> RJ 2004\2303, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 25 marzo 2004

<sup>290</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación...*, p.75-76.

administrativa, el Juez comenzará a tomar decisiones centrales al deber de planificación que le corresponde a las Administraciones Públicas.<sup>291</sup>

De igual manera, peligrosamente, muchas veces las Administraciones Públicas de muchos Estados fomentan dichas actuaciones judiciales. En este sentido, se ha llegado a afirmar que *“al contrario de lo que cabría esperar, hoy día, de una sociedad que se pretende regida por la racionalidad, sectores importantes de la opinión pública europea, al menos la de determinados países mediterráneos, parecen sentirse atraídos por la figura de un Juez represor y justiciero dedicado (superando la pretendida incompetencia de los otros Poderes Públicos) al restablecimiento de la legalidad y el orden. Los titulares de los órganos judiciales se convierten en protagonistas directos de una lucha observada con apasionamiento por un público que se sitúa ante los Juzgados y Tribunales como si se tratara de un escenario en el que se desarrolla un espectáculo, el de la represión del crimen, cuyo éxito irá unido a la valentía, honradez, y, por qué no, también al atractivo de sus principales actores. ...Un esfuerzo secular dirigido a la sumisión del Poder Judicial a la lógica y también a la sensatez, parece haber conducido simplemente al absurdo”*.<sup>292</sup>

---

<sup>291</sup> Específicamente, en Costa Rica se han dado dos situaciones sumamente particulares, que ilustran esta situación. Concretamente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la prohibición constitucional a la reelección presidencial; véase N° 2771-03 de 4 de abril del 2003. La acción de inconstitucionalidad correspondiente fue presentada por un expresidente con intenciones de volver al poder. Dicho expresidente, se considera en muchos círculos costarricenses, si fuese elegido, traería un enorme grado de estabilidad política al país. Por otra parte, también la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, declaró inconstitucional la decisión del Gobierno de Costa Rica de adherirse a la lista de países que apoyaban la invasión de los Estados Unidos a Iraq; la sentencia en cuestión, No. 9992-04 aún no se encuentra disponible al público.

<sup>292</sup> Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido. Activismo Judicial, Medios de Comunicación y Estado de Derecho. *Revista de las Cortes Generales*, p. 56.



Posteriormente, y precisando los conceptos esbozados, se estableció que *“es significativo, por otra parte, que consciente o inconscientemente los titulares de los poderes del Estado empiezan a ser observados con sospecha por los jueces, como si con frecuencia se situasen más allá de los límites de la legalidad, lo que no deja de ser sorprendente...Sin embargo, detrás de este fenómeno de cuestionamiento judicial de las instituciones públicas lo que hay en el fondo es un simple problema de confianza. Cuando el sistema funciona, y se está convencido de la coherencia y bondad del mismo, hay aspectos que ni siquiera se plantean, no parece concebible hacerlo y, mucho menos, por los Jueces.”*<sup>293</sup>

Y, por último, se concluye, indicando que *“con independencia de que el control judicial debería partir, en todo caso, del estricto respeto al papel constitucional del Ejecutivo tanto más exigible cuanto, como dice García de Enterría, << en el Estado democrático y social de derecho, en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y la confianza del pueblo>>. Las sociedades desarrolladas, en su sensibilidad intelectual y jurídica, tienden a respetar a sus autoridades precisamente porque se sienten identificadas con ellas.”*<sup>294</sup>

Y, en alusión a un caso perfectamente aplicable a América Latina, se estipula que *“por el contrario, cuando la estabilidad del aparato institucional, y su normal*

---

<sup>293</sup> Ibídem.

<sup>294</sup> Ibídem, p. 61.

*funcionamiento, son puestos en cuestión se pierde inmediatamente la presunción de inocencia que se otorgaba a los titulares del Poder, y se producirá un aumento de la desconfianza que afectará a la propia cohesión del sistema...Es necesario que existan jueces atentos, pero no sería correcto que su vigilancia se tradujera en prejuicio sistemático, pues implicaría tanto como ponerse en frente de un modelo social para cuya defensa, paradójicamente, han sido instituidos.”<sup>295</sup> Igualmente, que “en este mundo de confusiones no es extraño que el desconcierto se haya apoderado también de alguno de ellos, surgiendo figuras tan populares como la del denominado <<juez estrella>> convencido de que debe desarrollar un papel activo de regeneración social y de lucha contra las corrupciones del sistema.”<sup>296</sup>*

Sin duda alguna, las palabras de Tomás y Valiente resumen con máxima claridad estos aspectos. Al referirse a la figura del Juez, evidentemente, atacando la figura activista de éste, afirmó que “el juez político cree que su misión es actuar, como le han enseñado en Italia, con las manos limpias frente a los desmanes de quienes no las tienen. Lo cual sólo es cierto cuando procede en términos de Derecho, pero sin que por ello deba convertirse el juez en justiciero, en perseguidor espontáneo de males universales, como si él fuese el único puro y todos los demás, en especial quienes desempeñan otros poderes del Estado, tuviesen siempre las manos sucias...”<sup>297</sup>

---

<sup>295</sup> Ibídem, p. 62.

<sup>296</sup> Ibídem.

<sup>297</sup> Tomás y Valiente, Francisco. *A orillas del Estado*. Taurus, 1996, p. 143.

Adicionalmente, menciona que *“el tipo de juez que hoy protagoniza noticias, escándalos, conferencias de prensa, cierto género de artículos, charlas radiofónicas y libros ha desnaturalizado la figura del juez constitucional, convirtiéndola bajo la forma del juez político, en la antítesis radical del anterior tipo de juez...”*.<sup>298</sup> Finalmente, se concluye estableciendo que el ideal del juez que debe de existir es aquel *“que sea discreto, consciente del enorme poder que como juez le corresponde cuando juzga y hace ejecutar sus resoluciones, no trate de aumentarlo con un protagonismo político que nadie demanda de él y que pone en peligro su imparcialidad”*.<sup>299</sup>

Indiscutiblemente, y por muchas de las razones que se han venido esbozando, dicha actuación judicial es totalmente ilegítima e improcedente en el marco del Estado Social de Derecho. Claramente, se está dando una sustitución de las facultades y atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo. Pero, lo más grave resulta ser que un órgano que carece de legitimación democrática esté realizando funciones que no le corresponden bajo el esquema constitucional. De esta forma, resulta claro y evidente de que deben de aplicarse medidas apropiadas de *judicial restraint*.

En otras palabras, será necesario que el Poder Judicial establezca claros y precisos lineamientos para evitar que a la hora de controlar las actuaciones administrativas se llegue a asumir facultades y atribuciones constitucionales que no les corresponden; el activismo judicial no tiene cabida en el Estado Social de Derecho. Las medidas de

---

<sup>298</sup> *Ibídem.*

<sup>299</sup> *Ibídem*, p. 144.

*judicial restraint* tendrán además una importante ventaja. Dado que el Poder Judicial se rehusará a dictar criterios sustantivos, relacionados con la política planificadora de un Estado, el Poder Ejecutivo podrá ver su imagen política y sociológica fortalecida.

Por ende, se fortalecería el Estado Social de Derecho, ya que, a pesar de las dificultades no jurídicas presentes, el que cada Poder del Estado asuma sus funciones constitucionales fortalece el funcionamiento administrativo público. Y, como consecuencia de esto, el balance constitucional se mantendría vigente. Sin embargo, es importante enfatizar que será necesario que existan los sistemas y garantías procesales adecuadas para que exista y funcione un procedimiento adecuado y sin tardanzas excesivas.

#### *B. El balance presente en el control judicial de las Administraciones Públicas*

De los elementos que se han definido y determinado, puede concluirse con plena certeza que el ámbito discrecional de las Administraciones Públicas encuentra su fundamento y definición en la estructura jurídica y orgánica del Estado Social de Derecho. Basándose en la mismísima estructura y en el funcionamiento orgánico del Estado, se puede lograr determinar cuáles atribuciones constitucionales son propias a cada Poder, y cómo éstas vienen a definir cada ámbito de actuación. El Poder Legislativo, como máximo órgano constitucional representativo, servirá como el punto central de funcionamiento de cualquier Estado Social de Derecho; será éste el que

llegue a concretizar y a reflejar más fielmente la sociedad que representa, y por ende, tendrá encomendado tomar las decisiones más importantes y relevantes dentro de ésta. Por otra parte, el Poder Judicial tiene como función primordial la resolución final de cualquier disputa de índole jurídica con trascendencia social; igualmente, tiene el deber de controlar las actuaciones administrativas que se alejen de las estipulaciones normativas vigentes en un Estado.

De esta forma, siguiendo en este punto al profesor Parejo Alfonso, cabe afirmar que el Poder Ejecutivo, lejos de servir como un mero ejecutor de normas jurídicas, se convierte, dentro del Estado Social de Derecho, en el planificador político y social que debe asegurar las posibilidades máximas de desarrollo de la ciudadanía<sup>300</sup>. En otras palabras, tiene un papel activo y relevante, no uno pasivo y secundario. El Estado Social de Derecho exige que se den una serie de actuaciones específicas para garantizar y asegurar un desarrollo humano pleno. Por lo tanto, no puede establecerse un ordenamiento jurídico rígido y formalista, pues entraría en plena contradicción con la sociedad que se pretende instaurar.

El órgano constitucional llamado a implementar plenamente dichas medidas viene, sin duda alguna, a ser el Poder Ejecutivo; su naturaleza y legitimación le permiten cumplir dichas funciones. El Poder Legislativo, como máximo órgano, dictará y generará las pautas y parámetros necesarios para dar un marco general de actuación a las Administraciones Públicas; pero las políticas concretas estarán a cargo de éstas.

---

<sup>300</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación...*, p.73.

Claramente, sería completamente inconcebible que el Poder Legislativo estuviese llamado a definir, por medio de su actuación, cada una de los elementos propios de la vida diaria de una sociedad.

Precisamente, en una sociedad moderna tan cambiante y variable como lo es la actual, y dentro de un marco estatal que exige actuaciones prontas y concretas para garantizar el pleno desarrollo humano, una labor tan exhaustiva por parte de un Parlamento sería impensable. Así, se deberá establecer y definir un marco general de actuación, para poder definir y ejecutar las medidas concretas. En este sentido, las Administraciones Públicas requerirán, dentro del marco jurídico dictado por el Parlamento, el ámbito necesario para forjar las políticas que le corresponden. Y, por dicha razón, el Poder Judicial, al controlar y verificar si la actuación del Poder Ejecutivo se encuentra dentro de los parámetros de lo establecido por el Parlamento, y por las propias normas jurídicas emitidas por las Administraciones Públicas, no puede concretizar ni definir lo que constitucionalmente no lo corresponde.

Sin embargo, posiblemente, el elemento más importante a rescatar será que un control desmesurado y alejado de las estructuras propias del Estado Social de Derecho irá contra la seguridad jurídica<sup>301</sup>. La seguridad jurídica es sumamente relevante dentro del esquema funcional de cualquier Estado; así queda reflejado, pues el propio Preámbulo de la Constitución Española la contempla específicamente. Asimismo, su importancia como valor se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

---

<sup>301</sup> Ibídem, p. 80.

El propio Tribunal Constitucional ha afirmado que dicho valor protege la confianza de los ciudadanos<sup>302</sup>. Pero, además de su tradicional papel en un ordenamiento jurídico, y como uno de los valores jurídicos principales, en el Derecho Administrativo, la seguridad jurídica garantizará el funcionamiento pleno y eficaz de las Administraciones Públicas. Claramente, resulta completamente perjudicial para el ciudadano común y para la sociedad en general, la inseguridad que se generaría de permitir que dos órganos constitucionales definiesen la política de planificación estatal.

Por lo tanto, con fundamento en cada uno de los elementos definidos, puede establecerse un concepto claro y preciso de la discrecionalidad administrativa; éste impedirá que se caiga en activismo judicial. La discrecionalidad administrativa es el resultado normal y natural de las atribuciones constitucionales que posee el Poder Ejecutivo dentro de un Estado Social de Derecho<sup>303</sup>. En este sentido, será el proceso de análisis, investigación, captación de datos y de razonamiento, que se lleva a cabo en la Administración Pública, para que, finalmente, éste se concrete en un acto o decisión administrativa razonado y motivado, destinado a satisfacer un interés concreto y específico; dicho interés, aunque podrá satisfacer las conveniencias de la Administración, siempre deberá de ser acorde con el interés general.

El ámbito del que dispone la Administración Pública para llevar a cabo dicho proceso está predefinido por el Parlamento. De esta forma, y por la importante función que

---

<sup>302</sup> Sentencia 150/1990 del Tribunal Constitucional.

<sup>303</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación...*, p. 79.

cumple la discrecionalidad administrativa y por razones de seguridad jurídica, los criterios del Juez revisor de las actuaciones administrativas no podrán sustituir los criterios sustantivos que se hayan establecido; sino, el balance constitucional, fundamento del Estado Social de Derecho se destruiría.

El Estado Social de Derecho, definido por el Principio Democrático, es el elemento central definitivo en el esquema constitucional español. Precisamente, es con base en dicha noción que es posible entrar a definir, concretamente, los límites y bases de la discrecionalidad administrativa. De esta forma, puede determinarse cómo, tomando en cuenta cada uno de los elementos, que aportan tanto el Profesor *Parejo* como el Profesor *Fernández*, es posible definir concretamente el ámbito de la discrecionalidad administrativa y las facultades controladores del Juez. Claramente, una definición adecuada de la discrecionalidad reducirá el riesgo de activismo judicial.

En efecto, se ha logrado establecer cómo la influencia del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad, junto con la tutela judicial efectiva, aspectos propugnados por el Profesor *Fernández*, interpretados en acorde con los estipulados básicos de la Constitución Española, sustentan la tesis del Profesor *Parejo*. Ambos Profesores han identificado apropiadamente los puntos centrales que definen el debate, analizando qué papel relevante juegan en el Estado Moderno.<sup>304</sup> Asimismo, a pesar de sus

---

<sup>304</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Discrecionalidad Administrativa...*, p. 208-210.



diferencias, no podía negarse que ambos identificaban el control judicial de las Administraciones Públicas como indispensable en un Estado de Derecho.<sup>305</sup>

De esta forma, del análisis de las aportaciones de cada uno, se logra determinar el papel central del Estado Social de Derecho, los límites de la discrecionalidad administrativa, las atribuciones jurídicas y constitucionales del Juez, su naturaleza revisora de la actuación administrativa y las correctas interpretaciones del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad y de la tutela judicial efectiva; ningún análisis de la discrecionalidad administrativa puede ser ajeno a estos aspectos.

Por lo tanto, se puede concluir que la base para determinar el ámbito discrecional de la Administración Pública y las atribuciones controladoras del Poder Judicial se encuentran en la definición constitucional de la estructura estatal. Claramente, con base en el fundamento constitucional, y de los valores que informan la misma, más notoriamente, la seguridad jurídica, es posible definir los parámetros principales del Derecho Administrativo. Al mismo tiempo, deberá tomarse en consideración los fundamentos sociales que justificaron la determinación de una específica construcción jurídica y las razones que motivaron su instauración. De esta forma, el Estado Social de Derecho podrá cumplir plenamente su fin de satisfacer las necesidades principales de todo ser humano, y a ayudarlo a obtener su pleno desarrollo.

---

<sup>305</sup> *Ibídem.*

## 2. Análisis de casos específicos de activismo judicial

Los detalles que se han venido analizando, relacionados con la naturaleza jurídica del activismo judicial, su relación con la discrecionalidad administrativa y sus consecuencias, pueden comprenderse de manera más enfática por medio del estudio de casos específicos. Si bien en los Estados Unidos de América, se han identificado, en general, cuatro casos típicos y tradicionales de activismo judicial, en Costa Rica dicho análisis aún no se ha realizado; lo mismo podría afirmarse en cuanto a España. De esta forma, se procederá a detallar los casos tradicionales en los Estados Unidos de América, luego, a analizar dos posibles casos de activismo judicial en Costa Rica y uno en España.

### *A. El activismo judicial en los Estados Unidos de América.*

En contraste con los casos costarricense y español, el activismo judicial tiene un enorme desarrollo a nivel doctrinal que ha permitido identificar una serie de casos de este tipo. Claramente, las opiniones de los distintos juristas han permitido que una serie de casos, de una enorme variedad, lleguen a ser cuestionados como de activismo judicial. Al mismo tiempo, dicho término ha venido a ser utilizado por grupos o candidatos políticos que no comparten el trasfondo de una serie de decisiones, y que

han considerado que la mejor forma de desvirtuar las mismas es por medio de considerarlas como ejemplos de activismo judicial.

Sin embargo, y como se ha venido aludiendo, dicho término es de naturaleza técnica, y que, dada la gravedad de lo que implica, únicamente puede considerarse como apto en aquellos casos en los que verdaderamente se pueda concluir que existe; ello implica un análisis detallado.

De esta forma, se procede a listar aquellos casos que tradicionalmente se ha acordado en la doctrina que representan ejemplos clásicos y evidentes de activismo judicial. Por lo tanto, se recurrirá a los casos señalados en el libro *Men in Black: How the Supreme Court Is Destroying America*, del autor norteamericano Mark Levin.<sup>306</sup> Estos casos han sido muy reconocidos en el Derecho Constitucional norteamericano, y fuentes de constante estudio y análisis, no sólo por su alto contenido jurídico, sino que también por su notoriedad histórica; estos marcaron épocas de enorme importancia en la historia de los Estados Unidos de América.

a) Dred Scott v. Sandford (1857)<sup>307</sup>

El caso de Dred Scott es uno de los más importantes y considerados como de los más infames de la historia constitucional de los Estados Unidos de América. Sin duda

---

<sup>306</sup> Este apartado se fundamenta en lo señalado en el artículo de Wick, William A.. "Book Review: Men In Black". *Defense Counsel Journal*. January, 2006, p. 82.

<sup>307</sup> 60 U.S. (19 How.) 393 (1857)

alguna, contribuyó enormemente a la tensión política entre el Norte y el Sur en los meses antes de la Guerra Civil y fue otro elemento que incidió en el inicio de dicho conflicto bélico. Dred Scott se immortalizó en la historia norteamericana como una trágica figura de la época de la esclavitud, pues fue éste un esclavo que inició una acción judicial para recuperar su libertad, luego de que fuese llevado a territorios en los que no había un desarrollo expreso de la esclavitud.<sup>308</sup>

Sin embargo, el Magistrado Jefe Roger Taney, en la decisión que lo ha llegado a colocar en uno de los sitios más oscuros de la historia del Derecho de los Estados Unidos de América, afirmó, en la decisión de la Corte Suprema, que Scott carecía de legitimación para interponer acción judicial, pues éste no era un ciudadano de los Estados Unidos de América, la cual se reservaba para la raza blanca.<sup>309</sup> De esta forma, los esclavos vendrían a ser propiedad, y reconocer la libertad de Scott, sería una forma inconstitucional de desligar la propiedad privada de su dueño legítimo, pues carecería de debido proceso.<sup>310</sup>

El emblema del activismo judicial penetra esta decisión, por cuanto, la Corte, a través de su Magistrado en Jefe se dedica a ignorar el espíritu constitucional del documento en cuestión y se remite a desarrollar una de las tesis políticas de la época. Cabe destacar, en este sentido, que la Corte se dedica a promover dicha tesis, y no a llevar a cabo un análisis detallado de las circunstancias fácticas y jurídicas alrededor del

---

<sup>308</sup> *Ibídem*, p. 85.

<sup>309</sup> *Ibídem*.

<sup>310</sup> *Ibídem*.

caso. Por ejemplo, se ignora en la decisión el hecho de que existían ciudadanos de raza negra con posibilidad de votar en varios Estados de la Unión.<sup>311</sup> Por lo tanto, elementos de este tipo, así como el trasfondo sustancial que expide la decisión, permite concluir que no había otro deseo más que el de promover una determinada ideología política, con la cual se tenía como objetivo influenciar la opinión pública de la época.

b) *Plessy v. Ferguson* (1896)<sup>312</sup>

Este caso también representa otra situación de enorme trascendencia en la historia norteamericana y que marca el inicio de una época nefasta en lo que se refiere a la raza negra; *Plessy v. Ferguson* fue el nacimiento de la denominada práctica de “separados pero iguales”<sup>313</sup>, como excusa para segregar a la población de raza negra de la blanca, especialmente en las instituciones sureñas. En concreto, esta acción judicial pretendía cuestionar las acciones de los servicios ferroviarios del Estado de Louisiana que brindaban acomodaciones iguales, pero separadas para las personas de color.<sup>314</sup> A pesar de la connotación discriminatoria, la Corte decidió que las acciones del Estado de Louisiana no eran contrarias a la Constitución de los Estados Unidos de América; simplemente, en la opinión de la Corte, esto no era irrazonable.<sup>315</sup>

---

<sup>311</sup> *Ibidem.*

<sup>312</sup> 163 U.S. 537 (1896)

<sup>313</sup> *Ibidem.*

<sup>314</sup> *Ibidem.*

<sup>315</sup> *Ibidem.*

En lo que se refiere al activismo judicial, lo mismo que se afirmó en relación a Dred Scott, es válido para Plessy. Pero, al mismo tiempo, cabe destacar que también podría afirmarse que debe de apreciarse la existencia de pasividad judicial. En otras palabras, lo contrario al activismo judicial, pues la Corte, además de imponer una determinada ideología política, por su pasividad evita atentar con el *status quo*. Así, puede afirmarse que es un caso en el que se puede apreciar tanto el activismo judicial, como la pasividad judicial. Pero, el hecho de que pueda considerarse primordialmente como un caso de activismo judicial es que no existe base constitucional alguna sobre la cual fundamentar el fallo.

c) Korematsu v. United States (1944)<sup>316</sup>

El asunto Korematsu es otro ejemplo más de decisiones nefastas que discriminan o perjudican negativamente a una minoría; el escenario histórico, es, en este caso, la Segunda Guerra Mundial y el internamiento forzado de los ciudadanos de ascendencia japonesa en campos de concentración en los Estados Unidos de América. La Corte indicó que la guerra requería de sacrificios, y por lo tanto, la orden del Presidente Roosevelt era válida por una mayoría de 6 a 3;<sup>317</sup> el razonamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América se centró en el argumento que sostenía que la

---

<sup>316</sup> 323 U.S. 214 (1944)

<sup>317</sup> *Ibíd*em, p. 86.

necesidad de proteger el espionaje se colocaba por encima de los derechos de ciudadanos de ascendencia japonesa. A pesar de esto, Levin bien llega a concluir que dicha decisión carece de cualquier tipo de legitimación constitucional y, más bien, se dedica a promover directamente una política específica del gobierno norteamericano sobre cómo pelear la guerra. De esta manera, se puede evidenciar el activismo judicial presente.

Por último cabe destacar que la condena impuesta al señor Korematsu fue revocada posteriormente en 1983.

d) Roe v. Wade<sup>318</sup>

Posiblemente, este es uno de los casos más conocidos en la historia jurídica y sociológica de los Estados Unidos de América; fue por medio de esta decisión que el aborto fue considerado como válido a lo largo de la Unión norteamericana. La decisión de Roe se encuentra justificada en el Derecho a la privacidad, que ha tenido un importante y controversial desarrollo jurisprudencial.<sup>319</sup> La controversia se deduce, precisamente, del hecho de que la Constitución no establece fehacientemente la existencia de un Derecho a la privacidad, y el mismo tiene que ser extraído por interpretación.

---

<sup>318</sup> 410 U.S. 113 (1973)

<sup>319</sup> Ibidem.

De esta manera, la decisión sobre la validez o no del aborto, han considerado un número importante de juristas, es propia de los Estados de la Unión Americana y sus legislaturas y no, la Corte Suprema. Este es uno de los aspectos activistas de Roe; el otro, de igual consideración, es el que se refiere a los criterios que establece el Magistrado Blackmun, quien redacta el fallo, sobre cuando la validez del aborto era constitucional o no.<sup>320</sup>

Roe siempre ha sido una decisión sumamente controversial y politizada. Sin embargo, de las deducciones razonables del Magistrado Blackmun, pueden notarse claros indicios de activismo judicial, no sólo en su afán por permitir el aborto, sino también en los criterios establecidos. Finalmente, debe de establecerse que, nuevamente, la falta de fundamento constitucional es otro criterio que permite reconocer la presencia del activismo judicial en una decisión.

*B. El activismo judicial en Costa Rica y la posible inconstitucionalidad de la legislación procesal contencioso administrativa.*<sup>321</sup>

La determinación de una posible existencia de activismo judicial en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica merece especial atención. En primer lugar, el enorme volumen de decisiones, más de 12 000 al año, y la variedad de temas tratados, sin duda alguna, es enormemente llamativo. Asimismo, el mero

---

<sup>320</sup> Idíbem, p. 86-87.

<sup>321</sup> Por medio de la Ley 8508, "Código Procesal Contencioso Administrativo", se reconoce expresamente la facultad del Juez Contencioso Administrativo costarricense para llevar a cabo sustituciones de las Administraciones Públicas.



hecho de que sea un Tribunal Constitucional, con el importante número de atribuciones jurídicas que ello infiere, también hace meritorio un análisis, tal vez no exhaustivo, pero sí importante de dos decisiones sumamente llamativas en el ámbito técnico jurídico.

A pesar de lo limitado del mismo, se podrá identificar o no la presencia de activismo judicial, sus consecuencias y posibles soluciones. El análisis de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en concreto, su declaratoria de inconstitucionalidad de la posición del Poder Ejecutivo en relación al conflicto bélico en Irak y del agotamiento de la vía administrativa, son aptos para determinar si son situaciones de activismo judicial.

Sin embargo, previo al análisis jurisprudencial, es necesario destacar que la nueva legislación procesal contencioso administrativa en Costa Rica ha introducido una variante importante que no puede ser ignorada en este análisis. Efectivamente, en una medida que podría ser considerada inconstitucional, la Ley No. 8508, Código Procesal Contencioso Administrativo, faculta la sustitución de las Administraciones Públicas por parte de un Juez Ejecutor.

La facultad en cuestión viene contemplada en el artículo 161 del Código Procesal Contencioso Administrativo y su epígrafe alude directamente a la facultad del Juez de sustituir a las Administraciones Públicas. Dichas facultades se establecen de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 161.-**

**1)** Si, después de impuestas las multas referidas en el artículo 159 de este Código, persiste el incumplimiento de la Administración, el juez ejecutor podrá:

**a)** Ejecutar la sentencia requiriendo la colaboración de las autoridades y los agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras administraciones públicas, conforme a los procedimientos administrativos establecidos en el ordenamiento jurídico.

**b)** Adoptar las medidas necesarias y adecuadas para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente a la conducta omitida, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración Pública condenada; todo conforme a los procedimientos administrativos establecidos en el ordenamiento jurídico.

**c)** Para todos los efectos legales, el juez o la autoridad pública requerida por él, se entenderá competente para realizar todas las conductas necesarias, con el objeto de lograr la debida y oportuna ejecución del fallo, todo a cargo del presupuesto de la Administración vencida. El propio juez ejecutor podrá adoptar las medidas necesarias, a fin de allegar los fondos indispensables para la plena ejecución, conforme a las reglas y los procedimientos presupuestarios. Asimismo, será competente para realizar todas las acciones pertinentes, a fin de revertir lo pagado por la Administración, cuando esta resulte victoriosa.

**2)** Si la Administración Pública obligada persiste en el incumplimiento de la sentencia, o si su contenido o naturaleza así lo exigen, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento.

**3)** Salvo lo dispuesto en el inciso 3) del artículo 156, la ejecución de lo ordenado no exigirá requerimiento ni constitución en mora, por parte del juez ejecutor.

**4)** *No cabrá responsabilidad alguna del funcionario público, por el fiel cumplimiento de lo ordenado por el juez ejecutor.*

Como resulta evidente de la lectura del artículo 161 del Código Procesal Contencioso Administrativo, y en forma distinta a lo que proclama el artículo 106 de la Constitución Española, se faculta y legitima un desbalance constitucional en el Estado Liberal de Derecho, consolidado desde la Revolución Francesa. En efecto, el Juez queda facultado, durante la fase de ejecución de sentencia, a intervenir y sustituir a las Administraciones Públicas en caso de que considere que el fallo no ha sido cumplido en su totalidad. Por ende, el Juez se integrará y será parte del organigrama administrativo público, a pesar de ser ajeno a éste; esto constituye una evidente contradicción. Precisamente, esto constituye una violación directa a los preceptos constitucionales que se han venido desarrollando. Indudablemente, esto es una legitimación para la existencia del activismo judicial, lo cual distorsiona el funcionamiento idóneo del Estado de Derecho.

- a) La declaratoria de inconstitucionalidad de la posición del Poder Ejecutivo frente al conflicto bélico contra Irak.

Las discusiones sobre la validez y la oportunidad política sobre el tema del conflicto bélico contra Irak en el año 2003, liderado por los Estados Unidos de América, y apoyado por el Reino Unido y España, claramente, ha tenido una enorme difusión. En este sentido, fue un tema que desató, y aún sigue desarrollando una serie de posiciones y actitudes políticas sumamente controvertidos. Al acercarse las hostilidades, cada

Estado, a lo largo del mundo, se vio obligado a establecer una posición clara y precisa sobre la situación que se estaba viviendo en Irak, y cómo iba a afrontarla. Costa Rica, sin duda alguna, no fue ajena a este proceso.

De esta manera, la posición del Estado costarricense se vino a definir en una serie de comunicados por parte del Gobierno, de los cuales destacan dos. Primero que todo, el del 19 de marzo de 2003, que señalaba, entre otras cosas, que reiteraba *“su llamado a la paz; en particular a Saddam Hussein para que cumpla las resoluciones dictadas por Naciones Unidas para que se desarme o, en su defecto, atienda la demanda formulada por países miembros de la Liga Árabe y del Gobierno de Estados Unidos en el sentido que se retire del Gobierno de su país y abandone su territorio. En caso contrario, será el dictador Hussein el único responsable del conflicto militar en Irak.”* Asimismo, que reiteraba *“de manera inequívoca, su respaldo a la alianza internacional contra el terrorismo, definido desde los hechos del once de setiembre de 2001, por el Poder Ejecutivo, las representaciones parlamentarias de los partidos políticos y por la ciudadanía.”*<sup>322</sup>

Adicionalmente, en otro comunicado, del 22 de marzo de 2003, se adicionó el anterior, indicando que

**1. A raíz de los hechos terroristas que conmovieron al mundo el 11 de setiembre de 2001, surgió una coalición internacional antiterrorista. En Costa Rica,**

---

<sup>322</sup> Ver sentencia 9992-04 de las catorce horas con treinta y un minutos del ocho de setiembre del dos mil cuatro de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

*a la luz de aquellos trágicos acontecimientos, tanto el Poder Ejecutivo como las principales fuerzas políticas y sociales costarricenses se manifestaron declaradamente en contra de quienes apoyan, patrocinan o ejecutan actos de terrorismo en el mundo.*

*2. La aparición del nombre de Costa Rica en la lista que constituye dicha coalición es la expresión del hecho ya conocido de que frente al terrorismo Costa Rica está del lado de las víctimas y apoya a quienes luchan en contra el terrorismo. Por eso en el pasado reciente hemos estado del lado de España, Colombia, Rusia, Estados Unidos, Alemania, Irlanda e Israel y cualquiera otro país víctima de bandas terroristas.*

*3. En este momento la coalición está formada por 46 naciones y tiene representación de la mayor diversidad de etnias, confesionalidades y doctrinas políticas de todos los continentes. La inmensa mayoría de estas naciones no participa de los hechos bélicos, no aporta recursos humanos ni materiales de naturaleza militar. Su participación es una expresión concreta de solidaridad internacional con el terrorismo.*

*4. Por nuestra vocación pacifista como nación sin ejército, Costa Rica no está ni puede estar en guerra, puesto que –tal como corresponde dentro del marco del Estatuto de Neutralidad solo estaríamos dispuestos a participar en acciones mediadoras y pacificadoras, así como en acciones de estricto carácter humanitario. Tales acciones en el caso de ser ejecutadas corresponderían a labores diplomáticas para las cuales nuestros representantes en el exterior ya tienen instrucciones.*

*5. No obstante, de conformidad con el Estatuto de Neutralidad y en palabras de su creador, el Expresidente de la República, Luis Alberto Monge Alvarez "...frente al terrorismo, Costa Rica no es ni puede ser neutral". En el presente caso –guerra contra el régimen de Saddam Hussein- Costa Rica está del lado de las víctimas de ese régimen y de quienes luchan por la libertad, la democracia y la paz".*

*6. En el orden interno, Costa Rica tiene el compromiso de velar porque su territorio no sea utilizado por bandas terroristas para planear o ejecutar atentados; que su sistema financiero no sea utilizado para movilizar dineros destinados a ese fin y que los miembros de esas bandan no permanezcan en territorio nacional.*

*7. En el orden externo, frente al presente conflicto, abogamos hasta el último minuto por una solución pacífica y una vez desatada la guerra, estamos abogando por el respeto al derecho humanitario internacional; el respeto a la vida, cultura y valores del pueblo de **Iraq**; por la asistencia inmediata, generosa y solidaria a sus víctimas, desplazados y refugiados y la instalación de un gobierno democrático y de amplia representación interna en ese país, todo bajo la supervisión de las Naciones Unidas y con apego al Derecho Internacional."*<sup>323</sup>

Por lo tanto, puede comprobarse cómo el Estado de Costa Rica asumió una posición definitiva en el escenario internacional, apoyando el conflicto bélico.

Dicha posición, indudablemente, fue controvertida, no solo por el historial internacional y político costarricense, sino también por el hecho de que dicho Estado carece de ejército. Como consecuencia de ello, ciudadanos comunes así como figuras públicas, atacaron fuertemente la posición del Estado costarricense, llegando al punto de cuestionar su constitucionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia; la misma resolvió el asunto por medio de la decisión número 9992-04 de las catorce horas con treinta y un minutos del ocho de septiembre del dos mil cuatro, declarando inconstitucional la misma.

Indudablemente, dicha declaratoria de inconstitucionalidad da lugar a muchas dudas de orden jurídico. Por un lado, puede llegar a cuestionarse la intervención del Poder Judicial en un asunto del Ejecutivo, la posible sustitución de las facultades internacionales de éste último y la validez de una decisión de un órgano que carece de legitimación democrática. El presente análisis no pretende defender ni favorecer

---

<sup>323</sup> *Ibídem.*

ninguna de las posiciones esbozadas a favor o en contra del conflicto bélico contra Irak. Por el contrario, se pretende identificar, sin pronunciarse a favor de una ni de otra, sobre si el Tribunal Constitucional costarricense incurrió en activismo judicial a la hora de resolver la cuestión de inconstitucionalidad que se le presentó.

Para llevar a cabo dicho análisis, es necesario tomar como punto de partido los elementos propios del activismo judicial que se han venido desarrollando. Por lo tanto, en primer lugar, debe de establecerse si la sentencia en cuestión de la Sala Constitucional costarricense, y a través de su mayoría, pretendía promover una cierta filosofía o ideología político/jurídica, o si más bien, correctamente determinó un problema de inconstitucionalidad y se excedió jurídicamente al declararlo en contra del Derecho de la Constitución. Indudablemente, la respuesta se encuentra dentro del texto de la propia sentencia y del desarrollo analítico que esta presenta.

El primer aspecto principal es sobre si la Sala Constitucional tiene capacidad y atribución jurídica para determinar la validez constitucional de la posición internacional del Ejecutivo costarricense. El Tribunal Constitucional costarricense resolvió, sin mayor análisis, dicha cuestión, afirmando que *“en el actual desarrollo jurídico costarricense no existe disenso alguno sobre la posibilidad de que el contralor de constitucionalidad revise este tipo de actos emanados por el Poder Ejecutivo, cualquiera que sea su denominación o caracterización, pues –por Principio- tales actos están sometidos a la Constitución Política, o, para precisarlo mejor, al llamado Derecho de la Constitución de modo que deben desenvolverse dentro del marco fijado por sus previsiones, amplias en diferente*

*grado y muchas veces recogidas en normas y Principios constitucionales que sirven como guías generales de actuación.”*

En este sentido, no se pretende cuestionar la función de control de constitucionalidad del Tribunal Costarricense, pero sí se pretende determinar la validez de la forma en que se hizo. En otras palabras, si fue excesivo o no dicho control.

Por ende, cabe destacar que el método analítico utilizado por dicho Tribunal Constitucional planteó el problema de una forma que hacía susceptible la existencia del activismo judicial. En efecto, no solo bastaba en determinar la competencia de dicho órgano jurisdiccional sobre el acto en cuestión, sino que había que establecer los límites del pronunciamiento. Y, al ser una cuestión de constitucionalidad, era necesario determinar si se cumplía con los requisitos formales constitucionales que deben de establecer cualquier actuación en el ámbito de las relaciones internacionales por parte del Ejecutivo.

Sin embargo, en ningún momento podía llegar dicho órgano, sin atribución constitucional para pronunciarse en el ámbito de las relaciones internacionales, a establecer la posición del Estado costarricense. De esta forma, se puede afirmar que se reconoció, correctamente la competencia del Tribunal Constitucional para analizar el acto objeto de impugnación y determinar su validez constitucional de acuerdo con los requisitos formales que impone la misma. Pero, bajo ninguna circunstancia, y esto contradice directamente lo que establece ésta, al atribuir el manejo de las relaciones internacionales al Poder Ejecutivo, sustituir el criterio de éste porque el que considera



más conveniente; a pesar de que su fundamento tenga un enorme sentido lógico y encuentre sustento en la tradición normativa del Estado costarricense<sup>324</sup>, el único órgano constitucional que ostenta la legitimidad democrática, un requisito esencial dentro del esquema constitucional costarricense, para establecer las posiciones internacionales, es el Poder Ejecutivo.

Claramente, el Tribunal Constitucional estaría asumiendo competencias constitucionales que no están establecidas a su favor y llegando al punto de que el Estado costarricense, en contradicción a la seguridad jurídica, define posiciones contradictorias en el ámbito internacional, afectando negativamente el prestigio de éste. Incluso, lo que resulta más grave, la Sala Constitucional costarricense procede a pronunciarse directamente sobre la validez de dicha guerra y sobre la validez de las resoluciones del Consejo de Seguridad, las cuales, según los Estados Unidos de América y el Reino Unido, justificaban sus acciones; se atribuyó competencias que indudablemente no están señaladas a su favor y que no le corresponden; estos son criterios internacionales que deben de ser dirimidos por los órganos competentes a ese nivel y no por el Tribunal Constitucional de un Estado. Por lo tanto, no pueden servir de fundamento para ir en contradicción con lo que establece el Poder Ejecutivo y mucho menos, considerar de inconstitucional su actuación.

---

<sup>324</sup> En este sentido, la sentencia constantemente alude a la paz como valor constitucional y señala una serie de instrumentos internacionales que justifican que Costa Rica no podía apoyar la coalición militar contra Irak.

Los cuestionados fundamentos anteriores permitieron al Tribunal Constitucional costarricense afirmar que *“entendido entonces que ha existido una anuencia de Costa Rica como país, ya no solo en los fines, sino también en los medios empleados por parte de la "Alianza" o la "Coalición", para abordar el conflicto internacional surgido en Iraq, y en especial con el medio consistente en las acciones bélicas realizadas por algunos miembros de la "Alianza o Coalición", lo que resta por verificar es si ese medio recién citado en particular es admisible como tal a la luz de nuestro ordenamiento constitucional. Sobre ese punto en particular, la respuesta de la Sala es negativa por lo siguiente: la tradición pacifista que impregna nuestro ordenamiento constitucional, cuyo origen y características se explicaron de forma amplia más arriba, tiene como una de sus más importantes expresiones la incorporación de Costa Rica al Sistema Internacional de las Naciones Unidas; pero justamente por dicha tradición, tal incorporación para nuestro país trasciende de la mera asociación con un grupo de naciones para el cumplimiento de los fines establecidos. Más bien, en el caso costarricense resulta posible afirmar sin duda que dicha adhesión respondió y responde aún al convencimiento de que se trata de un mecanismo para sustituir el recurso a la fuerza como instrumento de política y de relaciones internacionales por parte de nuestro país y por esa razón entiende la Sala que debe considerarse como un límite creado en nuestro ordenamiento, aplicable a la acción a las autoridades costarricenses y que se materializa en una verdadera restricción en su radio de acción en el tema de relaciones internacionales, consistente en la imposibilidad de nuestro gobierno de asociar su política exterior con acciones bélicas ajenas o incluso*

*paralelas al sistema de las Naciones Unidas -incluidas por supuesto las consistentes en simples "apoyos morales"- como medios correctos para solución de conflictos."*

Por lo tanto, llegó a concluir que *"es bajo ésta óptica que la Sala descarta la argumentación esgrimida por el Ministro de Relaciones Exteriores en la vista realizada, en el sentido de que no puede emitirse un juicio sobre corrección o no del apoyo a la acción armada, si no existe declaración alguna de la legitimidad o ilegitimidad de tales acciones bélicas llevadas a cabo en **Iraq**. En criterio de la Sala, para el ordenamiento costarricense la situación es mucho más sencilla pues estamos frente a la simple inexistencia de tal posibilidad, puesto que dadas las particularidades de nuestra tradición y normativa sobre el tema, la adhesión de Costa Rica al Sistema Internacional de las Naciones Unidas no podía dejar de implicar la exclusión de cualquier forma de manifestación de fuerza, fuera o al margen de los procesos establecidos por el sistema internacional de las Naciones Unidas. Por ello carece de importancia para lo que se discute aquí, que el tantas veces citado conflicto bélico, sea declarado legítimo o ilegítimo, si desde la perspectiva costarricense lo constitucionalmente incorrecto es avalar el uso de la fuerza, fuera del marco de acción de las Naciones Unidas. En resumen la Sala considera que ha existido una infracción constitucional por cuanto el apoyo -de cualquier tipo- al empleo de acciones armadas, como medio para la consecución de fines políticos, fuera del marco previsto y regulado por el sistema internacional de las Naciones Unidas, resulta incompatible con el derecho de la constitución costarricense."*

De esta forma, se declaró inconstitucional dicha actuación del Ejecutivo y se ordenó que

se le comunicara a los Estados Unidos de América que se le retirara de la lista de países que apoyaban dicho conflicto.

Los aspectos que se han señalado y analizado permiten concluir que dicha sentencia representa un claro caso de activismo judicial. En efecto, y como puede desprenderse del desarrollo lógico de la sentencia, los Magistrados pretenden establecer un criterio sustantivo que se imponga y sustituya al del Poder Ejecutivo, aludiendo a razones de orden constitucional. Sin embargo, es la misma Constitución costarricense, en su artículo 1, al reconocer el Principio Democrático, la que justifica la legitimación democrática del Poder Ejecutivo. Al carecer de legitimación democrática el Poder Judicial, al cual pertenece el Tribunal Constitucional costarricense, éste no puede sustituir y contradecir en sus posiciones internacionales al Poder Ejecutivo, siempre y cuando se cumplan con los requisitos formales constitucionales. Por ende, al no estar de acuerdo los Magistrados con determinada posición, procedieron a su sustitución.

Claramente, en un Estado de Derecho no puede reconocerse como válida una actuación judicial de dicha índole. En este sentido, se puede notar otro elemento de naturaleza peligroso. Así, al igual que en el caso *Korematsu* se está en presencia de una Corte Suprema o Tribunal Constitucional promoviendo una política específica, ajeno a sus funciones. Sin embargo, llena todavía de más preocupación el hecho de que en este caso, la política determinada es propia del Tribunal Constitucional; ni siquiera viene dictada del Poder Ejecutivo.

- b) *La declaratoria de inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo del agotamiento de la vía administrativa.*<sup>325</sup>

Otra sentencia que destaca dentro de la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense, y que merece un análisis detallado, es la que declara inconstitucional el agotamiento preceptivo de la vía administrativa para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa. El análisis constitucional devino de una consulta judicial de un Juez de lo Contencioso Administrativo, el cual cuestionaba la validez constitucional de dicho requisito preceptivo, por ser violatorio éste del Principio de igualdad de las cargas procesales y el de proporcionalidad.

Nuevamente, el primer elemento a analizar en este supuesto se relaciona directamente sobre el tipo de activismo judicial que se puede encontrar presente. Por ende, es necesario determinar si el análisis y la actuación del Tribunal Constitucional fue válida y acorde con las bases técnico jurídicas que definen el control judicial constitucional, o, si por el contrario fueron excesivas. De esta manera, debe de llegar a determinarse si se impulsó una determinada agenda político-jurídica o ideología, o, si a pesar de haber determinado correctamente un problema jurídico, se excedió en la solución que se le dio a éste.

---

<sup>325</sup> A partir del 1 de enero de 2008, entró en vigencia la Ley No. 8508, Código Procesal Contencioso Administrativo, el cual estableció en su artículo 31 que “*el agotamiento de la vía administrativa será facultativo, salvo para lo dispuesto en los artículos 173 y 182 de la Constitución Política*”. Por lo tanto, se formalizó jurídicamente el agotamiento facultativo de la vía administrativa en el Derecho Costarricense.

Concretamente, en este caso, el Tribunal Constitucional costarricense estaba llamado a determinar si una valoración de fondo del legislador sobre la forma en que debe de llevarse a cabo el control judicial de las Administraciones Públicas es válido. Específicamente, no se analiza ni determina la validez constitucional de la aplicación de una norma específica, pero más bien el trasfondo y justificación filosófico-jurídico que informa el sistema contencioso administrativo costarricense; no era una aplicación a un caso concreto que podía crear serias de constitucionalidad, pero una duda de carácter genérico; se realiza un juicio valorativo y no un análisis jurídico.<sup>326</sup>

En este sentido, la Sala Constitucional costarricense señaló que *“modernamente las administraciones públicas deben ser concebidas y entendidas como un sujeto de Derecho más del ordenamiento jurídico, de modo que resulta repugnante para el Derecho de la Constitución la asimetría o desigualdad crónica que campea en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa entre el administrado o el ciudadano y el respectivo ente público. El reconocimiento y otorgamiento legislativo de una serie de prerrogativas formales o adjetivas a los entes públicos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no tiene justificación objetiva y razonable si su función administrativa, de acuerdo con el parámetro constitucional (artículos 33 y 49 de la Constitución Política) debe ser objeto de un control legal plenario y universal, sin fisuras o reductos exentos y, sobre todo, si son creados y puestos en funcionamiento para servir*

---

<sup>326</sup> Debe de manifestarse que el Magistrado ponente, posteriormente, defendió su decisión en la prensa.

*o atender las necesidades de los ciudadanos o administrados-organizaciones serviciales.”*

Sin duda alguna, dichas propuestas son loables y cualquier ordenamiento jurídico debería de aspirar a mantener dichos valores. Pero, a pesar de ello, no le corresponde a un órgano contralor de constitucionalidad determinar la política judicial que debe de tener un Estado ni mucho menos, indicarle al Poder Legislativo que sus prerrogativas, fundadas democráticamente, no le parecen adecuadas. El control jurisdiccional constitucional debe establecer la validez de una norma jurídica a la luz de las normas y Principios de la Constitución Política sin llegar a definir aspectos propios que son competencias constitucionales exclusivas de otros poderes.

Asimismo, continúa la sentencia desarrollando su posición, como si de argumento se tratase, sin justificarlo con las citas correspondientes, afirmando la generosidad de sus determinaciones sin mucho menos tomar en consideración los aspectos que podrían aludirse en contra de la misma. Adicionalmente, tampoco se toma en cuenta elementos tan importantes como los práctico/económicos, ignorando si los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo tienen la capacidad para asumir el enorme número de demandas que podrían generarse. A pesar de esto, el hecho de que, posteriormente, proceda a juzgar que lo más adecuado para resolver esta situación sea el establecer un carácter facultativo al agotamiento de la vía administrativa, se demuestra que dicho órgano pretende imponer una ideología o agenda jurídica que únicamente le correspondería eventualmente hacerlo al Poder Legislativo.

En este sentido, se afirmó en la sentencia que *“la interpretación más favorable a la eficacia expansiva y progresiva de los derechos fundamentales de los administrados a una justicia pronta y cumplida y a la igualdad, impone replantearse cualitativamente el carácter obligatorio del agotamiento de la vía administrativa impuesto por el legislador. En efecto, debe entenderse que el agotamiento de la vía administrativa debe quedar a la libérrima elección del administrado, de modo que sea éste quien, después de efectuar un juicio de probabilidad acerca del éxito eventual de su gestión en sede administrativa, decida si interpone o no los recursos administrativos procedentes.”*

Claramente, ésta es una declaración inminentemente legislativa. Igualmente, considera que la figura del acto consentido es contrario al orden constitucional y, de la misma forma, lo declara inconstitucional. Por lo tanto, debe concluirse que se incurrió en activismo judicial en esta sentencia, al intentar impulsar una agenda jurídico/política específica que se alejaba del mero análisis técnico de un caso concreto.

Sin embargo, debe destacarse que el voto de minoría sí resaltó el activismo judicial presente, a pesar de que no se le denominó como tal. Así, los dos Magistrados de la minoría indicaron que *“analizado el objeto de esta acción, llegamos a la conclusión de que es el legislador positivo, y no la Sala Constitucional, la que debe elaborar un diseño idóneo para la tramitación del procedimiento administrativo, que permita la eficaz gestión de los asuntos públicos sin impedir el pleno ejercicio de los derechos de los administrados. Las normas impugnadas no son inconstitucionales per se, ya que establecen en Principio reglas que permiten una resolución alterna del conflicto,*



*evitando “judicializar” todas las disputas que surjan entre la Administración y los ciudadanos. Si lo inadecuado es la forma como son llevados a cabo los procedimientos de autotela, será el legislador quien deberá diseñar los mecanismos eficaces para diseñar conservar el delicado equilibrio que en toda sociedad debe existir entre el interés general y los derechos particulares.”* De esta forma, se reconoce los límites que debe de tener el control constitucional y cómo debe de evitarse el activismo judicial.

### *C. El activismo judicial en España.*

Como se ha señalado a lo largo de los escenarios fácticos expuestos, si bien el activismo judicial se menciona como tal, y se reconoce por distintos sectores de la doctrina<sup>327</sup>, no existen estudios concretos en los que se haya analizado las sentencias.<sup>328</sup> Precisamente, es por esta razón que resulta de suma conveniencia analizar una sentencia de considerable relevancia en el ámbito político y social español, y determinar la posible presencia de activismo judicial. En este sentido, la esfera de los Derechos Fundamentales a Elegir y a ser Elegido representa un espacio perfecto para poder concluir si en estas áreas se da un avance o propagación de ideas políticas, o si, más bien, se actúa correctamente dentro del ámbito del Estado Social de Derecho.

---

<sup>327</sup> En general, véase, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez. Madrid: Civitas, 1996, 701 p.

<sup>328</sup> La discusión doctrinaria entre Parejo y Tomás Ramón-Fernández ha generado supuestos de análisis concretos jurisprudenciales, aunque el término de activismo judicial no se reseña específicamente; en este sentido, véase las obras reseñadas con anterioridad en relación a esta discusión.

- a) Posibilidad del activismo judicial en materia de Derechos Fundamentales: El Derecho a Elegir y ser Elegido.

Indiscutiblemente, el pilar central de todo Estado de Derecho, regido por el Principio Democrático, resulta ser su sistema electoral; así lo reconoce la Constitución Española en su Título Preliminar. Es precisamente por medio de éste que se hacen efectivos los medios necesarios para que los ciudadanos de un Estado específico puedan elegir a sus representantes de forma libre, de manera que puedan llevar a cabo las funciones de Gobierno. Por lo tanto, el sistema que se utiliza debe ser transparente y, al mismo tiempo, seguro, para poder garantizar la legitimidad y pureza del Derecho al Sufragio de todas las personas que lo ejerzan. De lo contrario, los representantes elegidos perderían inmediatamente su legitimidad, y, a la hora de ejercer sus funciones como representantes de la ciudadanía, su labor carecería del respeto y fundamento necesario para que ésta sea cumplida.

Sin embargo, el sistema electoral, además de servir como elemento de legitimación del Estado de Derecho, tiene además una función muy importante. En efecto, tiene la función primordial de velar por la propia seguridad y esencia del Estado mismo. Por ende, deberá establecer un filtro necesario para el funcionamiento del sistema que permita su operación. En otras palabras, el sistema electoral debe tener toda una serie de parámetros y exigir una cantidad importante de requisitos a todos los interesados en participar en éste, pues de lo contrario, se volvería inservible.

Claramente, si no existieran una serie de regulaciones específicas y concretas, el sistema electoral no serviría, y no cumpliría con el propio fin para el que fue creado.

De esta forma, este aspecto tan importante implica, por sí mismo, un peligro muy relevante para todos los particulares, y, especialmente, en relación al Derecho al Sufragio. Concretamente, el Derecho al Sufragio viene en dos dimensiones, la pasiva y la activa; esto es, el derecho a elegir y a ser elegido. De esta forma, resulta evidente que en el tanto los requisitos que se establezcan como necesarios para incurrir en un proceso electoral sean excesivos e irrazonables, se perjudicará el sistema democrático al impedirles a los interesados en ser elegidos representantes de participar activamente en uno. Por lo tanto, el Derecho al Sufragio, en su dimensión pasiva, sería violentado.

Como puede verse, resulta evidente que todo Estado tiene la obligación de establecer la normativa correspondiente para todos los procesos electorales que se realicen en su territorio. Así, se regularán el conteo de votos, la constitución de juntas electorales, la edad necesaria para ejercer el sufragio, los requisitos que deberán tener los candidatos, la organización de los partidos políticos y los medios de financiación en otros. Pero, esa regulación no podrá llegar a tal nivel que impida injustificadamente que personas aptas para que sean representantes de la ciudadanía sean impedidos de manera irrazonable.

Esta tensión propia de cualquier Estado democrático de Derecho se hace evidente en materia de terrorismo, la cual ha cobrado dimensiones importantes en España. La cuestión en análisis resulta bastante clara una vez que queda expuesta en su

totalidad. De esta forma, se cuestiona si es posible la existencia en un Estado democrático de Derecho la existencia, militancia y funcionamiento de un partido que fomente la actividad terrorista, ya sea como parte de su agenda, o utilizando la organización política como medio indirecto. El conflicto constitucional resulta claro y preocupante a la vez. Efectivamente, por un lado, se tendrá la condenable y censurable actitud terrorista, que pretende utilizar la violencia como un medio para llevar a cabo una agenda política específica. Generalmente, el terrorismo abogará por el uso indiscriminado de violencia contra ciudadanos.

Y, como puede verse, existe una clara relación con el activismo judicial. Concretamente, de la tensión que resulta del supuesto descrito, puede perfectamente, motivar a un Juez a actuar de una determinada forma, en su afán de obtener o de otorgar justicia. En otras palabras, lo sensible de la materia y lo delicado que resulta, puede, sin duda alguna, que se busque influenciar de una forma u otra la forma en que se resuelven ciertos asuntos. Por lo tanto, resulta imprescindible generar adecuadas pautas legislativas para, de forma absoluta, evitar que el Juez se vea obligado a expresar opiniones que fuesen más personales que jurídicas y razonadas.

Pero, al mismo tiempo, deberá tenerse en cuenta que en el intento de mantener la seguridad del Estado, utilizando su sistema electoral como medio para suprimir la actividad terrorista, podría violentarse seriamente dos elementos centrales propios del mismo. Sin duda alguna, sufrirían tanto el derecho al sufragio pasivo, así como la libertad de expresión. Las personas que militasen en estos partidos se verían

censuradas en sus actividades políticas, claro está, en aquellas que no acarreasen violencia o muerte indiscriminada de personas inocentes, pues no podrían expresar libremente sus puntos de vista.

Prácticamente, se estaría imponiendo una censura previa a su actividad en el nombre de la seguridad nacional. Dicho criterio, por lo general, resulta reprochable en materia de derechos fundamentales. Claro está, debe apuntarse que este es un caso de terrorismo, y que dichas medidas protegen los intereses de la ciudadanía. Asimismo, la aplicación de medidas concretas contra uno de estos partidos tendría que conllevar la existencia de pruebas fehacientes que demostrasen la práctica de actividades terroristas.

Esta serie de choques y de conflictos específicos en materia de derechos fundamentales, y de aspectos centrales de los sistemas electorales, se puede evidenciar, concretamente, en la sentencia 85/03 del Tribunal Constitucional; ésta impugna la sentencia de 27 de marzo de 2003 del Tribunal Supremo. La sentencia 85/03 del Tribunal Constitucional tiene como antecedente directo la ilegalización, por razones de terrorismo, de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna, por medio de la sentencia de 27 de marzo de 2003 del Tribunal Supremo.

Una vez ilegalizados dichos partidos políticos, inmediatamente surgió la duda de cómo evitar que los mismos pudieran continuar con sus actividades, a pesar de su disolución. Indudablemente, el hecho de que los partidos políticos hubiesen sido ilegalizados, y por ende, disueltos, no impediría el hecho de que estos intentasen seguir

con sus actividades. En este sentido, es necesario resaltar que el Tribunal Constitucional enfatizó, en la sentencia 85/03, que el hecho de que hubiesen sido disueltos dichos partidos no implicaba que sus miembros o activistas no pudieran llevar a cabo actividades políticas; su derecho al sufragio pasivo no se veía afectado. Esto es, podían continuar ejerciendo su derecho al sufragio pasivo, participando en otros partidos políticos y llevando a cabo las actividades de este tipo que considerasen apropiadas. Sin embargo, no podían continuar llevando a cabo las labores por las cuales se disolvieron los partidos citados anteriormente.

Es, precisamente, en este ámbito que se desarrolla la sentencia en cuestión. Una serie de agrupaciones de electores presentaron su candidatura para las elecciones municipales, a las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya y al Parlamento de Navarra. Una vez presentadas éstas, inmediatamente se detectaron una serie de similitudes entre éstas y los partidos que fueron disueltos. Una de las similitudes más evidentes que se notaron fue, precisamente, el que un gran número de los candidatos de las agrupaciones de electores, lo habían sido para los partidos disueltos.

Adicionalmente, se notaban otra serie de similitudes, entre las que se destacan los manuales de electores utilizados, la organización, estructura y medios de financiación. La presencia de esta serie de elementos llevó a que se temiese que, a pesar de que los partidos hubiesen sido disueltos, estos habían logrado abusar de las instituciones jurídicas a su disposición, y seguían operando. Claramente, existió un temor de fraude de ley.

Por lo tanto, se planteó el proceso ante la Sala especial del Tribunal Supremo del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para determinar si existía violación al artículo 44.4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG). Concretamente, el artículo 44.4 de la LOREG es el que viene a contemplar la posibilidad de que una agrupación de electores sea el que continúe las labores y funciones de un partido político que ya haya sido disuelto. Así, el proceso planteado tenía como fin determinar si dichas agrupaciones electorales eran una continuación de los citados partidos políticos. Una vez analizado los hechos, y las similitudes concretas citadas, el Tribunal Supremo concluyó, que, efectivamente, dichas agrupaciones de electores constituían una continuidad de partidos políticos disueltos, y que, por lo tanto, su inscripción para los procesos electorales mencionados no podía proceder. De esta forma, las agrupaciones de electores acudieron en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Los numerosos recursos de amparos ante el Tribunal Constitucional presentan dos tipos de argumentos. En primer término, proceden a elaborar una considerable serie de violaciones procedimentales, las cuales proceden a ligar a derechos fundamentales, específicamente a la tutela judicial efectiva. La cantidad de violaciones alegadas es extensa, y hasta cierto punto, podría considerarse que excesiva. Esto se evidencia en el hecho de que en varias ocasiones el Tribunal Constitucional, lejos de analizar detalladamente las alegaciones, procede a rechazarlas de plano directamente.

En este sentido, puede notarse que no se da alguno de los supuestos de activismo judicial que se han venido identificando. Más bien, el Tribunal Constitucional evitó pronunciarse sobre ciertos aspectos que simplemente eran irrelevantes para el asunto de fondo. Y, por otra parte, debe destacarse el hecho de que, tanto el Tribunal Supremo, como el Constitucional, actuaban sobre una base legislativa, específicamente, la LOREG. Por lo tanto, dada la base legislativa, resulta difícil afirmar que pudiese existir activismo judicial, pues una Ley fundamenta las consecuencias jurídicas que pueden darse.

Adicionalmente, es importante y necesario proceder a listar cada una de las posibles violaciones existentes que se destacaron. Sin embargo, un listado disperso y carente de sentido lógico más bien tendrá consecuencias nefastas para el recurrente. De esta forma, las agrupaciones de electores citaron como violaciones procedimentales, concretamente, la vulneración a tener a un juez imparcial, el derecho de defensa, la tutela judicial efectiva, el derecho a la intimidad, la presunción de inocencia, el acceso en igualdad ante los cargos públicos, el derecho de asociación, la retroactividad de normas sancionatorias y el Principio de Igualdad; curiosamente, no se citó el activismo judicial.

La mayoría de estas alegadas violaciones se encontraban relacionadas con la naturaleza fugaz y expedita que tienen los recursos en materia electoral. En efecto, los plazos en esta materia son sumamente expeditos y se exige la mayor diligencia para su resolución. De esta forma, una vez constatada la violación, se dispone de dos días para



interponer el recurso correspondiente, y el Tribunal tendrá dos días para resolverlo. Dicha situación, sin duda alguna, obliga a que se den una serie de medidas extraordinarias, normalmente no necesarias, para poder satisfacer las necesidades propias de un proceso electoral.

Claramente, de no atenderse a la naturaleza sumaria y expedita de dichos procesos, el sistema electoral sufriría considerablemente, afectando la gobernabilidad de un Estado y la legitimidad del mismo. A pesar de lo anterior, la fugacidad de un proceso no tiene como consecuencia que las garantías mínimas del debido proceso deban de ignorarse. Al contrario, es el momento en que con mayor recelo debe de velarse por su tutela. La velocidad con que deba de ser tramitado un procedimiento judicial no permite a que se descuiden o ignoren las garantías al debido proceso.

El Tribunal Constitucional, correctamente, rechaza la totalidad de las supuestas violaciones procedimentales reconociendo muchas de ellas como meras alegaciones insostenibles y el resto como improcedentes. La improcedencia de las mismas resulta, precisamente, del hecho de que, a pesar de las dificultades que podría traer un proceso tan expedito como el especial electoral, cada uno de los recurrentes pudo contestar razonablemente y referirse directamente al fondo del asunto sin que su posición procesal se menospreciase; puede afirmarse, que en estos supuestos, no es válido afirmar que se diera el activismo judicial.

Por lo tanto, aunque pudieron existir dificultades para referirse y examinar la prueba, que se encontraba en Madrid, y la mayoría de las agrupaciones no, y problemas

con las notificaciones, esto no impidió a que las partes pudieran defender claramente sus intereses. Al haber podido contestar ávidamente el fondo del asunto, sin que su posición procesal y sus intereses fuesen menospreciados, las partes plenamente demostraron por sí mismas, y de forma contradictoria con sus aseveraciones, que no existía violación constitucional alguna.

Habiendo rechazado en su totalidad las alegaciones relacionadas con el debido proceso y la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional procedió a analizar los argumentos de fondo. Claramente, y como se ha venido detallando, el punto principal a dirimir era, si, las agrupaciones de electores venían a ser una continuación de los partidos políticos disueltos. Asimismo, era necesario determinar la validez constitucional, relacionada con el sufragio pasivo, de poder impedir su inscripción en un proceso electoral.

Por ello, el análisis de fondo del Tribunal Constitucional inicia, precisamente, en distinguir la diferencia entre un partido político y una agrupación electoral. Así, se afirma que *“partidos políticos y agrupaciones de electores no son realidades equivalentes; ni siquiera equiparables. Unos y otras son instrumento de participación política. Pero el primero lo es de la participación política de ciudadanos que les son ajenos, en tanto que éstas lo son de los individuos que las constituyen, es decir, de los ciudadanos que se agrupan para ejercer su propio derecho de sufragio pasivo. Esta última circunstancia sólo se da en los partidos respecto de quienes son sus promotores o dirigentes; si se quiere, incluso, respecto de sus afiliados. En las agrupaciones, en*

*cambio, es exclusiva de quienes las crean, y precisamente para ello son creadas, agotándose con la convocatoria electoral para la que se crearon. No tienen, pues, la vocación de permanencia de un partido.”*

Consecuentemente, el partido político será una organización que pretenderá tener permanencia en el tiempo, mientras que la agrupación de electores meramente pretende tiene como intención participar en un proceso electoral concreto; en el tanto la agrupación electoral pretende mantenerse en el tiempo, se desvirtuará jurídicamente, y buscará asemejarse a la institución del partido político. Y, si el partido político al que pretende asemejarse es uno que ya ha sido disuelto, indiscutiblemente, se estará intentando realizar un fraude a la ley.

Para lograr determinar si, en efecto, se está llevando a cabo un fraude a la ley y se está buscando desvirtuar la agrupación de electores, se tienen que presentar una serie de elementos objetivos claramente distinguibles. Sin duda alguna, éste es uno de los elementos más importantes que señala el Tribunal Constitucional. Los elementos que permitan concluir si existe una continuación de los elementos antijurídicos que motivaron la disolución de un partido político, en una agrupación de electores, no pueden ser antojadizos ni irrazonables. Al contrario, deben de ser empíricos y específicamente constatables, pues de lo contrario, se sacrificaría la seguridad jurídica, perdería legitimidad el sistema electoral y se facultaría la posibilidad de disolver

agrupaciones de electores por meras discrepancias ideológicas.<sup>329</sup> Por ende, ésta podría ser un área de suma delicadez, pues podría darse un supuesto de activismo judicial en el tanto se partiera de fundamentos irrazonables o fijados en una Ley.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional estipula que será necesario entrar a determinar si existen similitudes importantes entre la organización, la estructura y el funcionamiento de los partidos disueltos y las agrupaciones de electores. Asimismo, habrá que definir si las personas que integran la organización y la estructura de la agrupación de electores, es similar a la del partido disuelto. Adicionalmente, otro criterio de importancia será el establecer el origen del financiamiento de la agrupación de electores, y ver si coincide con las de los partidos disueltos. Finalmente, y, de múltiple importancia, establecer si existen vínculos terroristas en las agrupaciones de electores. Si estos elementos se encuentran presentes en mayor o menor grado en las agrupaciones de electores, podría llegar a determinarse sobre si, en efecto, una continuación de un partido político disuelto se está dando.

Claramente, estos criterios, de corte lógico, no podrían considerarse como propios del activismo judicial. Más bien, al contrario, resultan ser adecuados para cualquier razonamiento jurídico y para lograr resolver una cuestión propia de esta naturaleza. Al fundamentarse claramente en un razonamiento lógico y empírico resulta sumamente difícil llegar a catalogarlo como activista. Sin duda alguna, al no

---

<sup>329</sup> Un supuesto que merece ser tomado en cuenta es el hecho de que en Costa Rica se evita establecer parámetros o criterios específicos de control judicial. Como consecuencia de ello, se da un control judicial casuístico y no basado en presupuestos generales.

mencionarse detalles propios de la ideología de cada partido o el contenido de las actividades que pudiesen realizar, se suprime la posibilidad de que concurra activismo.

El Tribunal Constitucional logra determinar, sin entrar a cuestionarlo, que el razonamiento del Tribunal Supremo utilizado para determinar que los partidos políticos disueltos pretendían utilizar las agrupaciones de electores para continuar sus actividades, es válido. El Tribunal Supremo se valió de la prueba indiciaria, de su conocimiento de hechos públicos y notorios y de reportajes periodísticos para llegar a dicha conclusión. Habiendo concluido que la posibilidad del fraude de ley existía, el Tribunal Constitucional procedió a analizar la posible conexidad entre las agrupaciones de electores y los partidos disueltos. En este sentido, logró corroborar que, efectivamente, las agrupaciones de electores tenían entre sus integrantes variados porcentajes de personeros y miembros de los partidos disueltos. Los números y la influencia era variable, pero su presencia era indiscutible.

Sin embargo, a la hora de concluir sobre la validez del fondo del asunto, se desarrolla un criterio, que podría llegar a considerarse como activista. En efecto, el Tribunal concluye, de forma dudosa, que para poder determinar cuándo existe la necesaria conexidad entre el número de integrantes que vienen de partidos disueltos y la continuidad de estos que pueda pretender la agrupación de electores, será necesaria una proporción de 20 a 1. Dicha conclusión carece de cualquier tipo de fundamento legal o empírico; es una cifra que se considera apta y que por lo tanto se aplica al caso concreto.

El Tribunal no justifica dicha proporción en datos empíricos y ni establece las razones por las cuales dicha cifra sea razonable. Asimismo, destaca que cuando no se pueda concluir de forma definitiva que existe una conexidad o una relación suficiente entre los partidos disueltos y las agrupaciones de electores, debe de reconocerse el amparo interpuesto. Por lo tanto, puede llegar a determinarse que si bien no existen rasgos ni señales de activismo judicial y que el asunto fue resuelto con base en los fundamentos jurídicos legales sentados por el Poder Legislativo, se utilizó un criterio de dudoso origen; éste podría ser un síntoma de activismo judicial, aunque no puede afirmarse con certeza que lo sea. Pero, al ser sólo un elemento dentro de una serie de otros, no es válido determinar que por la presencia de un elemento dudoso, se deba de catalogar la sentencia como activista. Sin embargo, dicho aspecto sí hace tomar en cuenta el peligro que puede suscitarse por la aplicación de un elemento que genere dudas al Juez, pues puede llevarle por el camino del activismo judicial.

## **II. LA NOCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU INFLUENCIA EN EL CONTROL JUDICIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

SUMARIO: II. La noción del Principio de Legalidad y su influencia en el control judicial de las Administraciones Públicas. 1. Posibilidad de naturalezas divergentes del Principio de Legalidad y como las mismas definen el control judicial de las Administraciones Públicas. A. La doble naturaleza del Principio de Legalidad en el Estado Social de Derecho. B. El caso de la materia ambiental. C. El Alcance de la Discrecionalidad en el Urbanismo. D. El Principio de Legalidad y su relación con la regulación del derecho a la integridad física y moral y la Deferencia. 2. El control judicial de las Administraciones Públicas es la aplicación del balance jurídico-político que exige la Constitución Política de cada ordenamiento jurídico. El debilitamiento del Poder Ejecutivo. A. Definición del Control Judicial de las Administraciones Públicas. B. El balance jurídico-político de los órganos constitucionales. C. El orden constitucional. D. El Juez determina el balance jurídico-constitucional, y lo aplica al controlar a las Administraciones Públicas. E. El control constitucional del balance-jurídico constitucional. F. El control judicial de las Administraciones Públicas aplicará la deferencia como instrumento de balance en la estructura jurídico-política de un Estado. G. La deferencia controla el activismo judicial.

Actualmente, es difícil no asegurar que el Principio de Legalidad viene a ser un pilar esencial y central en los esquemas jurídicos de los Estados de Derecho modernos.<sup>330</sup> Precisamente, después de un trágico y complicado desarrollo histórico, que básicamente acapara los principales procesos mundiales a partir de la estipulación de la Carta Magna en Inglaterra, ha llegado a consolidarse en la gran mayoría de los Estados modernos.<sup>331</sup> Dicha consolidación puede tener distintas variaciones y formas específicas, pero el contenido esencial de lo que representa y busca establecer no se pierde con facilidad. En otras palabras, la limitación a la forma y al contenido del ejercicio del poder público es un presupuesto político que viene a complementar el Principio Democrático, que se busca guíe y sirva de base para los sistemas jurídicos modernos.<sup>332</sup>

---

<sup>330</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo: Volumen I: Parte General*. Madrid: Tecnos, 13ª Ed., 2002, p. 198. En igual sentido, ver Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo...*, p. 11 y ss, y, 1135 y sigs.

<sup>331</sup> García de Enterría, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: Civitas, 4ª Ed., 1994, p. 21-22.

<sup>332</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de...*, p.198 y Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de...*,p. 78. .



Sin embargo, a pesar de que la meta y el contenido esencial del Principio de Legalidad son algo en lo que se puede encontrar un consenso general<sup>333</sup>, su puesta en práctica no resulta para nada sencilla; esto se nota, concretamente, en lo que se ha denominado el *examen de la naturaleza de la situación de la Administración frente a la ley*.<sup>334</sup> En este sentido, a lo largo de su evolución histórica, puede observarse cómo el Principio de Legalidad ha sido objeto de diversas interpretaciones y aplicaciones, muchas de ellas que, incluso, lo alejan de su propia noción de limitación del poder público.<sup>335</sup> Al mismo tiempo, otras aplicaciones lo han llevado, incluso, a que el ejercicio del poder sea tan limitado que, la propia eficacia de la Administración Pública se haya visto sumamente limitada.<sup>336</sup>

Por lo tanto, cada una de estas consideraciones denota una clara conclusión paradójica. Claramente, es necesaria y esencial la existencia del Principio de Legalidad como elemento central de cualquier sistema jurídico que se base en el Principio Democrático y en la correcta aplicación e interpretación de los Derechos Humanos. Pero, a pesar de esto, no se ha logrado establecer con claridad y precisión una definición concreta del Principio de Legalidad que tenga una aplicación consistente en un régimen jurídico.

---

<sup>333</sup> Véase García de Enterría, Eduardo. *Revolución Francesa...*, p. 21, Garrido Falla, Fernando. *Tratado de...*, p.198 y Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo I/1: Concepto, Fuentes, Relación Jurídico-Administrativa y Justicia Administrativa*. Madrid: Tecnos, 11ª Ed., 1995, p. 78.

<sup>334</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de...*, p.198.

<sup>335</sup> García De Enterría, Eduardo; Ramón-Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*, vol. I, 9ª ed. Madrid: Civitas, 1999. p. 432.

<sup>336</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de...*, p. 203-204.

Indudablemente, esta afirmación no quiere decir que el Principio de Legalidad carezca de una aplicación práctica apropiada, en forma general, en la mayoría de los Estados europeos. Al contrario, dicho Principio tiene un desarrollo jurisprudencial<sup>337</sup> y doctrinario<sup>338</sup> sumamente extenso. Puede afirmarse, incluso, que la mayoría de los juristas poseen una noción adecuada y correcta del Principio de Legalidad. Pero, a pesar de todo esto, la pluralidad de materias reguladas, los efectos de la globalización mundial, las constantes pugnas parlamentarias y el activo papel de las Administraciones Públicas a la hora de generar nuevas regulaciones, hace que una noción o concepto del Principio de Legalidad que parece clara, carezca de rigurosidad y precisión en la práctica.<sup>339</sup>

Básicamente, el Principio de Legalidad, en su noción básica y generalizada, de que los poderes públicos únicamente pueden realizar aquello que les es permitido por la ley, comienza a deslumbrarse tenuemente en la Carta Magna, y luego comienza su desarrollo moderno en la Revolución Francesa.<sup>340</sup> Dichos preceptos, concretamente, son consecuencia directa de poner fin a la eterna preocupación de la limitación del

---

<sup>337</sup> Al efecto, ver, entre otras, STC 3/1988 de 21 de enero, STC 182/1997 de 28 de octubre, STC 2/1981 de 30 de enero, STC 189/1998 de 28 de septiembre.

<sup>338</sup> Concretamente, el Principio de Legalidad se trata extensamente por, entre otros, Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Luciano Parejo Alfonso, Rafael Entrena Cuesta y Fernando Garrido Falla.

<sup>339</sup> Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 109.

<sup>340</sup> García de Enterría, Eduardo. *Revolución Francesa...*, p. 21-22.

poder y de su ejercicio responsable<sup>341</sup>; el desarrollo constitucional europeo también se relaciona paralelamente con la construcción jurídica del Principio de Legalidad.<sup>342</sup>

Las características señaladas anteriormente vienen a fijar el fundamento para la principal escisión que existe en relación al Principio de Legalidad. En efecto, éste viene a ser objeto de un conflicto existente y natural al control de las actuaciones de las Administraciones Públicas: la limitación del poder vs. la eficiencia administrativa<sup>343</sup>. Por lo tanto, esto dará lugar a la noción positiva del Principio de Legalidad, al igual que a la noción negativa.

Como bien señala Garrido Falla, *son dos las posturas fundamentales que se han mantenido: 1.ª la Administración no tiene por misión aplicar la ley, pues lo único que exige el Estado de Derecho es que la respete, es decir, que actúe dentro de ella; 2.ª las atribuciones y facultades administrativas tienen su apoyo inmediato en la ley, siendo imposible todo tipo de actuación que no haya sido previamente encomendado a la Administración pública por el legislador.*<sup>344</sup>

El Principio de Legalidad en su acepción negativa, precisamente, denota un sometimiento negativo de la Administración a la Ley. Por lo tanto, el ámbito de actuación será mucho mayor, pues la Administración podría utilizar libremente su discrecionalidad en aquellos aspectos que la Ley no hubiese definido o precisado; este

---

<sup>341</sup> *Ibídem.*

<sup>342</sup> *Ibídem.*

<sup>343</sup> Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de...*, p.82.

<sup>344</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de...*, p.200 y García De Enterría, Eduardo; Ramón-Fernández, Tomás. *Curso de Derecho...*, p. 432.

caso puede verse representado por la situación jurídica de los estados germanos durante el Siglo XIX.<sup>345</sup>

Paralelamente, el Principio de Legalidad en su acepción positiva, supone la preeminencia de la Ley, lo que implica la limitación a la actuación administrativa en solamente aquellos elementos y aspectos previa y concretamente definidos por dicha norma jurídica. El desarrollo histórico europeo fue dando lugar a que se fuesen poniendo en práctica distintas acepciones del Principio de Legalidad<sup>346</sup>; en muchos casos, el sistema político y la ideología prevalente definieron la aplicación del mismo.<sup>347</sup>

En este sentido, es válido afirmar que los años de la dictadura franquista en España, dejaron un enorme grado de desconfianza hacia las Administraciones Públicas, lo cual resulta completamente lógico.<sup>348</sup> El enorme grado de flexibilización jurídica existente, y la gris frontera existente en la relación ley y reglamento, ponía en preeminencia al Gobierno Central sobre el Parlamento.<sup>349</sup> De ahí que, inicialmente, autores como García de Enterría auguraran por un entendimiento positivo del Principio de Legalidad.<sup>350</sup> El contexto histórico español lo exigía. De lo contrario, a pesar de la

---

<sup>345</sup> López Benítez, Mariano. *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las Relaciones Especiales de Sujeción*. Madrid: Civitas, 1994, p.46.

<sup>346</sup> *Ibíd*em, p. 45.

<sup>347</sup> *Ibíd*em.

<sup>348</sup> Precisamente, de esto nace la posición de García de Enterría de formular un Principio de Legalidad con vinculación positiva, García De Enterría, Eduardo; Ramón-Fernández, Tomás. *Curso de Derecho...*, p. 432 y Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad...*, p.104 y 110.

<sup>349</sup> Las anteriores son características propias de regímenes similares. En este sentido, Ventura Rodríguez, Manuel E. . *La categoría jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Público costarricense*. San José: Lil, 2004, p.80-82.

<sup>350</sup> García De Enterría, Eduardo; Ramón-Fernández, Tomás. *Curso de Derecho...*, p. 432.

existencia de un régimen constitucional democrático, el funcionamiento administrativo podría no reflejar tal vigencia.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, el pasar del tiempo, y las obligaciones constitucionales del Estado Social de Derecho, según la Constitución Española de 1978, obligaron a que se diese una nueva interpretación del Principio de Legalidad<sup>351</sup>; concretamente, de la mano de Entrena Cuesta<sup>352</sup>, Garrido Falla<sup>353</sup>, Sánchez Morón<sup>354</sup>, Parejo Alfonso<sup>355</sup> y otros, se argumentó a favor de la aplicación del Principio de Legalidad de forma negativa. En este sentido, se consideró que una excesiva limitación a la actuación administrativa y al ámbito en que podía intervenir la Administración Pública impedía el cumplimiento de las mismas obligaciones constitucionales de ésta.<sup>356</sup>

Adicionado a ello, debía considerarse que, hoy en día, el volumen del mercado económico, de la entrada en vigencia de la era de la información, de las nuevas tecnologías y de la inversión extranjera, entre otras, obligaba a una mayor regulación y control por parte del Estado.<sup>357</sup> El volumen de legislación necesario, de mantenerse una acepción positiva del Principio de Legalidad, sería enorme.<sup>358</sup> Por ende, se requeriría de una participación sumamente activa por parte del Poder Legislativo, que, en razón de

---

<sup>351</sup> Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad...*, p.110.

<sup>352</sup> Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de...*, p. 78, 81.

<sup>353</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de...*, p. 203-204.

<sup>354</sup> Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad...*, p.104.

<sup>355</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo: Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos y Actividad y Control*. Barcelona: Ariel, 2003, p.116

<sup>356</sup> Véase Garrido Falla, Fernando. *Tratado de...*, p. 203-204, Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de...*, p.78, 81 y Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho...*, p. 116.

<sup>357</sup> Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad...*, p.109.

<sup>358</sup> *Ibídem*.

sus distintas facciones políticas, sería sumamente difícil de prever.<sup>359</sup> Claramente, esto llevaba, necesariamente, a concluir, que, actualmente, en el Estado Social de Derecho español, la acepción del Principio de Legalidad, debía de ser, negativa.<sup>360</sup>

Claro está, aún pueden apreciarse distintos matices. Específicamente, puede notarse que en la regulación de distintas materias, se aprecia, aparentemente, distintas aplicaciones del Principio de Legalidad; las áreas relacionadas con la regulación de la integridad física y moral de los seres humanos, así como del medio ambiente, por ejemplo, reflejan estos aspectos. Por lo tanto, se crea la necesidad de establecer los criterios necesarios para determinar de qué forma se encuentra vigente el Principio de Legalidad en España, en lo que se refiere, específicamente, a la situación de la Administración frente a la ley. Esta aclaración es de suma relevancia, por cuanto, como ha dicho el ilustre Profesor Luciano Parejo, *“no existe eficacia sino dentro de la legalidad, pero es posible una ineficacia que cumpla la legalidad”*.<sup>361</sup>

1. Posibilidad de naturalezas divergentes del Principio de Legalidad y como las mismas definen el control judicial de las Administraciones Públicas.

---

<sup>359</sup> Ibídem.

<sup>360</sup> Ibídem, p.104.

<sup>361</sup> Parejo Alfonso, Luciano. Estudio preliminar: interés público como criterio de control de la actividad administrativa. En. *Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 31.

El artículo 9.2 de la Constitución Española de 1978 estipula que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*. Claramente, dicha disposición constitucional sirve de base principal para que las Administraciones Públicas se encuentren legitimadas para intervenir en los procesos económicos y sociales que estimen apropiados de regulación, en aras de satisfacer el desarrollo pleno del ser humano<sup>362</sup>; ésta es la base del Estado Social de Derecho, el cual define a España.<sup>363</sup>

Como consecuencia directa de dicha disposición, y de la identificación del Estado español como uno social, se desprende que las Administraciones Públicas se comporten de forma activa en el pleno marco de la vida social.<sup>364</sup> Concretamente, aquellas áreas sociales, procesos económicos y, en general, cualquier actividad humana que se desarrolle en el ámbito societario, podrán ser objeto de regulaciones administrativas para garantizar la convivencia humana y el desarrollo de las personas.<sup>365</sup>

Aunque dichas regulaciones se fundamentan y tienen su origen, específicamente, en decisiones políticas, las mismas no pueden alejarse ni ser contrarias al esquema jurídico público vigente. En este sentido, la Constitución Española en su

---

<sup>362</sup> Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de...*, p.78.

<sup>363</sup> *Ibídem*.

<sup>364</sup> *Ibídem*.

<sup>365</sup> *Ibídem*.

artículo 9.3, *garantiza el Principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*<sup>366</sup>

Al mismo tiempo, se establece en el artículo 103.1 que *la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los Principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.* Por lo tanto, puede comprobarse que el Principio de Legalidad tiene un pleno reconocimiento a nivel jurídico constitucional en el Estado español. Como consecuencia directa de ello, cualquier regulación administrativa no deberá de apartarse de los intereses generales que busque propugnar la democracia española, y tendrá que someterse al imperio jurídico vigente.

Por ende, la vigencia actual del Principio de Legalidad negativo implicará que con una estipulación legal razonablemente genérica, las Administraciones Públicas podrán, por medio de actos administrativos infralegales, regular los aspectos económicos y/o sociales que se consideren necesarios<sup>367</sup>; de igual manera, la reserva de ley, para aquellas materias que así lo exijan, será relativa.<sup>368</sup> Así, se dará una base regulatoria por

---

<sup>366</sup> En igual sentido, véanse los artículos 23.2 y 29.3 de la Ley 50/1997, de Gobierno, y 51, 52 y 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>367</sup> Ventura Rodríguez, Manuel E. . *La categoría jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Público costarricense*. San José: Lil, 2004, p. 122-123 y Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad...*, p.107-112.

<sup>368</sup> *Ibídem*.



parte del Parlamento, que sentará los presupuestos para que actúen las Administraciones Públicas. Posteriormente, éstas harán el desarrollo jurídico que sea necesario.

Sin embargo, se puede llegar a comprobar que el Parlamento, en el momento de establecer ciertas regulaciones en relación a ciertas materias, en razón de la importancia que posee la misma, como consecuencia del derecho, valor o interés que tutelan, pueda considerar en llevar a cabo toda la regulación por su propia parte<sup>369</sup>; la discrecionalidad administrativa se verá sumamente restringida. En otras palabras, se pondrá en vigencia el Principio de Legalidad positivo.<sup>370</sup>

Dicha situación resultará, sin duda alguna, paradójica. Por un lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido indicando sostenidamente que el Principio de Legalidad deberá de entenderse de forma negativa, y que las Administraciones Públicas, como consecuencia de lo técnicas que resultan ciertas áreas reguladas, complementan los aspectos no definidos por el Parlamento.<sup>371</sup> A pesar de ello, en ciertas ocasiones, el Parlamento parece asumir o determinar que es necesario regular más precisamente determinadas áreas en razón de su importancia o naturaleza.<sup>372</sup> El resultado de esta paradójica situación es que se venga a romper el tenue y aparente esquema lógico jurídico del Principio de Legalidad. De esta forma, y tomando en

---

<sup>369</sup> Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad...*, p.109.

<sup>370</sup> *Ibídem*.

<sup>371</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de...*, p. 203-204.

<sup>372</sup> Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad...*, p.109.

consideración las observaciones que se han venido esgrimiendo, puede determinarse que el Principio de Legalidad no tiene una claridad lógica y estructural definida, y, que el único concepto y aplicación consistente que se tenía del mismo, no tiene una puesta en práctica rigurosa o consistente.

Adicionalmente, esto tiene serias e importantes consecuencias en el ámbito de la discrecionalidad administrativa. Concretamente, una mayor precisión legislativa, indudablemente, restringe el ámbito discrecional administrativo. Por lo tanto, el proceso de análisis, investigación, captación de datos y de razonamiento, que se lleva a cabo en la Administración Pública, para que, finalmente, éste se concrete en un acto o decisión administrativa destinada a satisfacer un interés concreto y específico, se ve prácticamente suplantado e eliminado por parte del Parlamento.

Al mismo tiempo, puede notarse un visible quebrantamiento o desbalance en el orden constitucional. El orden constitucional español requiere y exige un balance apropiado para el adecuado funcionamiento del Estado; dicho balance constitucional se justifica en el constitucional Principio Democrático; éste exige el balance pues, de lo contrario, el esquema funcional se descompensaría, creando inestabilidad política y se debilitarían los derechos fundamentales de la población. La noción conceptual del Principio de Legalidad negativo es parte de ese balance. Paralelamente, si se aplicase una noción positiva del Principio de Legalidad, el balance también funcionaría, pero de otra manera.

Sin embargo, el que existan y se apliquen directamente en el mismo régimen constitucional dos nociones distintas entre sí tiene como consecuencia natural un quebrantamiento del sistema, o cuando menos, un funcionamiento inapropiado del mismo. Claramente, no puede existir un adecuado balance constitucional cuando el Principio de Legalidad, que es un elemento definitivo del mismo, no puede ser determinado. Como consecuencia de este fenómeno, surge la duda de cómo es la vigencia del Principio de Legalidad en su relación de la Administración frente a la ley, y, al mismo tiempo, cómo se define el balance que exige la Constitución Española.<sup>373</sup>

Al mismo tiempo, tiene que destacarse el hecho de que la adecuada definición y precisión del Principio de Legalidad contribuye al funcionamiento apropiado y eficaz de las Administraciones Públicas.<sup>374</sup> El Principio de Legalidad es el componente jurídico que define el funcionamiento de las Administraciones Públicas; concretamente, definirá cómo deberá de funcionar el aparato administrativo público de todo Estado.<sup>375</sup> Por lo tanto, resulta lógico que una escisión en su estructura lógica afecte el funcionamiento adecuado del mismo.

Y este funcionamiento adecuado garantiza que los lineamientos políticos representativos de la mayoría ciudadana que el Gobierno Central intenta implementar a través de la aprobación del Parlamento, para luego ponerlos en práctica, no podrán llegar a satisfacer el interés general de ninguna manera, si no es por un funcionamiento

---

<sup>373</sup> Ibídem, p. 106-107.

<sup>374</sup> Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de...*, p.82.

<sup>375</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de...*, p.198.

eficaz de las Administraciones Públicas.<sup>376</sup> De lo contrario, el estado disfuncional del esquema jurídico funcional administrativo no permitirá a que el Estado Social de Derecho pueda cumplir con sus deberes constitucionales; la ciudadanía es la principal víctima.

*A. La doble naturaleza del Principio de Legalidad en el Estado Social de Derecho.*

La explicación jurídica de dicha divergencia debe de extraerse lógicamente del discurso analítico que se ha venido proponiendo. De esta forma, el Principio de Legalidad negativo tiene preeminencia en la doctrina actual; lo anterior, por cuanto su aplicación práctica y teórica permite satisfacer plenamente el interés general que pretende la regulación que se pretenda realizar. Al mismo tiempo, el Principio de Legalidad de corte positivo, propio de otras épocas y de otros contextos históricos para los cuales pudo ser haber sido más adecuado, aún así muestra señales de vigencia en cierto tipo de regulaciones.

De esta manera, surge la primera cuestión de importancia del análisis en cuestión, la cual resulta ser si pueden convivir las dos propuestas del Principio de Legalidad en un mismo ordenamiento jurídico. Y, de ser así, si esto puede suceder en la misma regulación administrativa, y en la misma materia. En otras palabras, es necesario determinar si puede contemplarse dentro del esquema lógico y uniforme del

---

<sup>376</sup> *Ibídem.*

Ordenamiento Jurídico Español dos visiones distintas de un instrumento jurídico; cabe también determinar si ambas posiciones del Principio de Legalidad son excluyentes entre sí.

En este sentido, lo primero que debe de rescatarse y de destacarse es el hecho de que ambas nociones del Principio de Legalidad, tanto la positiva como la negativa, tienen el mismo fin; esto es, la definición y limitación de las actuaciones del Estado.<sup>377</sup> Al mismo tiempo debe también de entenderse que el Principio de Legalidad es uno; claro está, este Principio podrá tener dos aplicaciones distintas prácticas, pero ello no implicará o tendrá como consecuencia que éste se desnaturalice. En otras palabras, ambas nociones del Principio de Legalidad tendrán como fin el mismo propósito señalado con anterioridad.

Adicionalmente, no es válido afirmar que una aplicación del mismo resulta democrática, mientras que la otra no; en el pasado se ha hecho referencia a que una vigencia del Principio de Legalidad negativo implica un reconocimiento tácito de la teoría de Stahl, y por ende, la imposición del orden estricto e impositivo por encima de la libertad.<sup>378</sup> Sin embargo, dicha acepción no puede considerarse apropiada. Claramente, en el contexto del Estado Social de Derecho, en donde tiene vigencia y pleno reconocimiento el Principio Democrático y un régimen explícito de Derechos Fundamentales, la teoría de Stahl no podría tener reconocimiento, fundamento ni

---

<sup>377</sup> En este sentido, véase Severo Giannini, Massimo. *Derecho Administrativo*. Ministerio para las Administraciones Públicas, Volumen Primero, Traducción Luis Ortega, 1991, p. 110-112.

<sup>378</sup> García De Enterría, Eduardo; Ramón-Fernández, Tomás. *Curso de Derecho...*, p. 432.

justificación. Por lo tanto, ambas acepciones del Principio de Legalidad, aplicadas y reconocidas en un Estado Social de Derecho, no son excluyentes entre sí.

El hecho de que no sean excluyentes entre sí crea la duda de si dicha consecuencia permite la validez y aplicación de ambos en un mismo ordenamiento jurídico. La duda resulta, por cuanto debe de cuestionarse si el funcionamiento eficaz y adecuado de las Administraciones Públicas, así como en general del aparato estatal, puede llevarse a cabo con dos aplicaciones distintas de un Principio de Legalidad; además, la unidad lógica y sistemática de un ordenamiento jurídico lo exige.

La cuestión sobre si ambas acepciones del Principio de Legalidad pueden encontrarse vigentes en un mismo ordenamiento jurídico debe resolverse afirmativamente; la razón la da, precisamente, el hecho de que no sean excluyentes entre sí en un Estado Social de Derecho. Sin embargo, surge la duda de si la posible vigencia de ambos afectaría el funcionamiento estatal y cómo podría ello justificarse en el ámbito constitucional. De esta forma, si pudiese establecerse el respaldo jurídico para la vigencia de ambos, esto es, cómo deberán de tener vigencia ambos en un ordenamiento jurídico determinado, dicha situación jurídica no iría en contra del orden constitucional ni del Principio Democrático.

Básicamente, el problema de la vigencia de ambas nociones del Principio de Legalidad en un mismo Estado Social de Derecho se hace evidente en las relaciones entre órganos constitucionales; concretamente, entre el Ejecutivo y el Legislativo. Claramente, la mayor o menor regulación, así como la especificidad y precisión que

utilice el Parlamento en la elaboración de las Leyes delimita y determina el ámbito de discrecionalidad administrativa.<sup>379</sup> Así, un funcionamiento eficiente por parte de la Administración, podría estar en duda, así como la posibilidad de que los órganos verdaderamente expertos en la regulación, efectivamente, la puedan llevar a cabo. Por lo tanto, el elemento central jurídico para la aplicación de ambas nociones del Principio de Legalidad yace en la coordinación constitucional de ambos órganos.

En este sentido, el balance y equilibrio de los tres poderes estatales parte del eje que brinda el Parlamento. Al ser el Estado Social de Derecho informado en su totalidad por el Principio Democrático<sup>380</sup>, el Parlamento resulta ser el punto central de la estructura del mismo. Por lo tanto, es éste el que tiene la facultad para definir y determinar en qué situaciones se utilizará una noción positiva del Principio de Legalidad, y en cuáles no.

Indudablemente, existirá un componente político para dicha decisión. Sin embargo, dicho componente político no podrá desplazar, o dejar sin efecto los elementos jurídicos que son parte de cualquier decisión parlamentaria. De esta forma, es jurídicamente inválido que el Parlamento, a través de sus facultades constitucionales, proceda a invadir, por medio de las leyes que se dictan, espacios propios para el desarrollo de la

---

<sup>379</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo...*, p. 102-111.

<sup>380</sup> Entrena Cuesta, Rafael. *Curso de...*, p.78.

discrecionalidad administrativa, o que puedan invadir las facultades constitucionales que le corresponden al Gobierno y a las Administraciones Públicas.<sup>381</sup>

A pesar de esto, y como se ha indicado anteriormente, el componente político de una decisión jurídico parlamentaria no resulta suficiente para explicar cuándo y en qué situaciones es posible que se utilice una noción u otra del Principio de legalidad. En este sentido, y con base en el análisis que se ha venido realizando, pueden establecerse una serie de conclusiones importantes que esclarecen dicha cuestión.

En primer lugar, no es incompatible con el Estado Social de Derecho el que el Principio de legalidad se aplique de dos formas, esto es, la positiva, y la negativa. Al mismo tiempo, se ha logrado determinar, que como consecuencia directa de la misma existencia del Estado Social de Derecho, usual y generalmente, se tiende a recurrir a la aplicación negativa del Principio de legalidad; esto, en razón de las garantías constitucionales vigentes y por las propias bases de la Constitución Española, no resulta, de ninguna manera, antidemocrático. Asimismo, de no recurrirse consistentemente a la aplicación negativa, el Parlamento se vería, indiscutiblemente, saturado, al punto de que el Principio de Eficacia quedaría completamente relegado, y el Estado paralizado.<sup>382</sup> Consecuentemente, y como señala la doctrinaria más reciente y especializada<sup>383</sup>, es

---

<sup>381</sup> Ventura Rodríguez, Manuel E. . *La categoría jurídica...*, p. 52-53.

<sup>382</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de...*, p. 203-204.

<sup>383</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho...*, p. 116.



válido afirmar que el Principio de Legalidad es de índole negativa en el Estado Social de Derecho.<sup>384</sup>

Claro está, dicha afirmación debe de matizarse con el hecho de que la vigencia primordial de una noción sobre otra del Principio de Legalidad, no implica que el otro quede completamente relegado, y que éste no resulte incompatible con el ordenamiento jurídico vigente. La matización correspondiente debe definirse en referencia a las competencias constitucionales del Parlamento. Por ende, aunque generalmente el Parlamento tendrá deferencia hacia el Gobierno y las Administraciones Públicas en la materia que se va a regular, el primero se encuentra facultado constitucionalmente, en razón de su preeminencia dentro del esquema de la división de poderes, para determinar y definir aspectos que deben quedar fuera de las competencias de los demás órganos constitucionales.

En otras palabras, es apto y válido que el Parlamento, en materias de reconocida validez e importancia social y nacional, proceda a regular de forma específica y precisa, limitando así, la discrecionalidad administrativa. Sin embargo, dicha práctica deberá ser excepcional, justificada y motivada en el ámbito parlamentario, y no podrá limitar excesivamente la discrecionalidad administrativa, al punto de que, tanto el Principio de Objetividad como el de Eficacia, queden relegados a un segundo plano.

De esta forma, existiría una armoniosa vigencia de las formas del Principio de Legalidad, que se ajustarán plenamente al Estado Social de Derecho y al ordenamiento

---

<sup>384</sup> Ibídem y Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad...*, p.104.

jurídico vigente. Por lo tanto, cabe concluir que la convivencia jurídica de las dos nociones existentes del Principio de Legalidad se justifica, constitucionalmente, en razón de la preeminencia del Parlamento en el esquema jurídico que define y desarrolla la Constitución Española.<sup>385</sup> Como consecuencia de ello, aunque generalmente sea el Principio de Legalidad negativo el que tenga la aplicación principal dentro del Estado Social de Derecho, ello no implica que la noción positiva del mismo no se pueda aplicar.

#### **B. El caso de la materia ambiental<sup>386</sup>.**

---

<sup>385</sup> Artículo 66 de la Constitución Española.

<sup>386</sup> Para un ejemplo detallado, véase, Ventura Rodríguez, Manuel. Las potestades normativas y sancionatorias municipales en materia ambiental: una visión comparada. *IVSTITIA*, Año 20, N° 236-237, agosto-setiembre 2006. págs. 31-42. *“Claramente, del análisis realizado, puede comprobarse como la figura del municipio resulta central en la tutela y protección del medio ambiente. En razón de su posición estratégica como protector de los intereses propios de un espacio territorial determinado, se encuentra en una situación única para asegurarse de que los ciudadanos, en su propio entorno íntimo, puedan gozar de un medio ambiente sano y adecuado. Desde este frente, el municipio español se encuentra desarrollado más óptimamente para velar por la tutela del medio ambiente. Concretamente, tiene las atribuciones suficientes a nivel legal para poder actuar determinadamente en el ámbito administrativo para establecer una serie de políticas específicas que le permitirán satisfacer los intereses propios de sus ciudadanos. Por el contrario, el municipio costarricense, no encuentra el mismo nivel de desarrollo ni el mismo grado de iniciativa que puede encontrarse en España. A pesar de tener un ordenamiento jurídico, cuya estructura le permite actuar y desarrollar su propia política ambiental, no se ha llegado a poner ésta en práctica. En este sentido, podría atribuirse a un desarrollo tímido y confuso por parte de la jurisprudencia constitucional, a un Código Municipal que no establece competencias específicas y sustantivas y a la falta de puesta en práctica por parte de los órganos municipales.*

*Claro está, queda completamente establecido que, tanto los municipios costarricenses, como los españoles, se encontrarán facultados para imponer sanciones de índole ambiental sin que exista una habilitación legal específica; la inhabilitación legal resulta, precisamente, del hecho de que se está resguardando la puesta en práctica de una política ambiental determinada. Como consecuencia directa de su naturaleza democrática, y de sus deberes jurídicos, la posibilidad de establecer sanciones resulta lógica; asimismo, se ajusta al conjunto normativa administrativo vigente.*

*A pesar de lo anterior, lo que sí resulta claro es que el elemento clave para determinar las facultades y atribuciones jurídicas propias de los municipios deben de entenderse desde su autonomía y su legitimación democrática. Precisamente, serán estos dos elementos los que servirán de sustento jurídico para justificar sus políticas ambientales y sus correspondientes sanciones; el hecho de que no deba de existir una atribución legal específica a tal fin, resulta claramente como una consecuencia propia de la legitimación democrática. Sin embargo, debe de destacarse que el municipio, tanto en España como en Costa Rica, debe de comenzar a aplicar de manera más consistente y consecuente dichas atribuciones legales, de derivación constitucional. En otras palabras, es necesario lograr una verdadera puesta en práctica y no*

La materia ambiental resulta ser un caso curioso y ambivalente en lo que se refiere a la regulación administrativa. Claramente, su ambivalencia resulta ser consecuencia del hecho de que tanto el Principio de Legalidad positivo, así como el negativo, aparentan justificar su vigencia en dicha materia. En efecto, actualmente, se afirma con perfecta certeza que el Principio de Legalidad negativo debería ser el que prevalece en lo que se refiere a la regulación administrativa ambiental. Dichas afirmaciones se fundamentan en el hecho de que, en primer lugar, la materia ambiental es sumamente diversa y tiene referencia a un enorme número de áreas científicas, sociales y económicas; muchas exhiben un enorme grado de tecnicidad.<sup>387</sup> Por lo tanto, es necesario que las Administraciones Públicas, las cuales, en razón de su organización y estructuración, tendrán un mayor grado de conocimiento y de expertos en las materias a regular, procedan a detallar y definir el ámbito de las áreas determinadas jurídicamente.

Indudablemente, confiarle tal cometido al Parlamento no sería práctico, por cuanto alcanzar el grado de precisión necesario exigido por la materia ambiental demoraría las acciones del mismo en grandes proporciones<sup>388</sup>; de igual manera, aquellos órganos de las Administraciones Públicas que lidian diariamente con el control ambiental, se verían fuera del esfuerzo regulatorio. Pero, si el Parlamento más bien procede a establecer las bases de la regulación, aquellos que poseen el mayor grado de conocimiento y de

---

*una tímida tentativa. Indudablemente, será un mejor y más sano medio ambiental el resultado de una actuación consecuente, responsable y razonable del municipio que le busca proteger. De esta forma, se lograrán satisfacer tanto los intereses locales, como aquellos de corte nacional.”*

<sup>387</sup> *Ibíd.*, p. 59.

<sup>388</sup> *Ibíd.*

manejo de los temas regulados, podrán llevar a cabo la tarea a realizar.<sup>389</sup> Asimismo, debe tomarse en cuenta que la regulación del medio ambiente no es competencia exclusiva del Parlamento. Concretamente, los municipios poseen competencias propias para la regulación del medio ambiente; éstas vendrán a reflejar la vigencia del Principio de Legalidad negativo.<sup>390</sup>

Sin embargo, debe reconocerse que en la regulación del medio ambiente, en ocasiones, y a pesar de su naturaleza a ser propensa a enfocarse dentro de la vigencia negativa del Principio de Legalidad, se pueden comprobar aspectos positivos del mismo también.<sup>391</sup> Precisamente, la regulación ambiental establecerá en múltiples ocasiones definiciones y estipulaciones sumamente específicas y determinantes. Dichas regulaciones pueden tener distintos enfoques y formas, pero lo que resaltará, principalmente, es el hecho de que, una vez promulgada la norma jurídica por parte del Parlamento, las Administraciones Públicas tendrán un pequeño espacio de acción.

Al mismo tiempo, otra característica que se hará presente, será el hecho que, dentro de la regulación ambiental, no podrá hacerse una determinación concreta de cuándo el Parlamento procede de una forma u otra; pareciera ser como si el fundamento de tal decisión fuese de índole político. A pesar de ello, una explicación de tal naturaleza resulta ser simple y poco profunda, como se ha venido manifestando.

---

<sup>389</sup> *Ibíd.*

<sup>390</sup> *Ibíd.*, p. 32-34.

<sup>391</sup> Vale destacar que la posición del Tribunal Supremo, concretamente, en la materia sancionatoria municipal, ha tendido a enfatizar la vinculación positiva del Principio de Legalidad. Verse, específicamente, las sentencias de 10 de diciembre de 1986 y 20 de enero de 1987.

Evidentemente, la decisión tendrá algún tipo de perfil político; ello no puede dudarse ni cuestionarse, por cuanto el Parlamento es un órgano constitucional de naturaleza político jurídica.

Pero, dicha decisión política tiene que desarrollarse dentro de un marco jurídico de acción y un vacío no puede simplemente justificarse como uno de índole político. Por tanto, debe existir una razón jurídica que pueda justificar que una misma materia sea regulada de distintas maneras, lo cual tenga como consecuencia la vigencia ambivalente del Principio de Legalidad. La explicación jurídica ha logrado darse con satisfacción, como se puede comprobar con base en el análisis realizado. Por lo tanto, corresponde aplicar el mismo a la materia medioambiental, y determinar cómo puede aplicarse éste.

Como ha quedado señalado, generalmente, es el Principio de Legalidad negativa el que, en la actualidad, puede considerarse como el que tiene mayor preeminencia; por supuesto, ello no implica la completa negación del Principio de Legalidad positivo. Al mismo tiempo, ha quedado demostrado como la doctrinaria contemporánea en materia medioambiental ha afirmado con contundencia como es la propia noción negativa del mencionado Principio, el que se más se ajusta para la regulación de dicha área.

Precisamente, en razón de lo vasto que resulta el área medioambiental, los elementos técnicos que deben manejarse y las constantes actualizaciones que deben realizarse, obliga a que sean, en concreto, los órganos técnicos de la Administración Pública los que se dediquen a dicha labor. De lo contrario, si se encomendara la labor al Parlamento, sería sumamente difícil que la legislación ambiental se mantuviese

actualizada y en orden, y las labores de dicho órgano constitucional se verían inundadas de constantes reformas y actualizaciones a las normas ambientales.

De esta forma, queda establecido fehacientemente que en la materia ambiental es la noción negativa del Principio de Legalidad la que debe de tener preeminencia. Sin embargo, es evidente que puede resultar de interés público, con base en el Principio de Objetividad, de que ciertos aspectos de la legislación queden precisamente definidos y determinados. Indudablemente, puede llegar a ser la conclusión del Parlamento de que hay ciertos elementos de la legislación ambiental que no deben de ser fijados por la discrecionalidad administrativa; la política ambiental quedaría plenamente establecida sin posibilidad alguna, más que del Parlamento, de que ésta se modificase. Claramente, tendría que ser el aspecto regulado uno de alta relevancia o importancia el que obligase al órgano constitucional más representativo a esmerarse en determinar un aspecto técnico de manera específica. De lo contrario, podría darse un serio conflicto constitucional mediante el cual el Parlamento podría estar atribuyéndose competencias constitucionales que no fueron diseñadas a su favor.

Con base en la construcción jurídica elaborada, es perfectamente posible y válido constitucionalmente, que el Parlamento se decida a utilizar la técnica del Principio de Legalidad positivo para determinar un elemento normativo que considere de importancia en el ámbito medioambiental. Pero, además de la importancia que debe darle el Parlamento, el elemento reglado debe tener relevancia a nivel social de la población que percibirá los réditos de la regulación o que se verá afectada por la misma;

de igual manera, deberá existir una motivación expresa hecha por el Parlamento de por qué se está tomando la decisión de regular un área de forma específica. Asimismo, y como se señaló en su momento, no puede relegarse el ámbito discrecional de la Administración, ni a los Principios de Objetividad ni de Eficacia a un segundo plano. Esto lleva a concluir que en el ámbito medioambiental, uno en el cual se puede observar una combinación usual en lo que se refiere al Principio de Legalidad, la utilización de la noción positiva del mismo deberá de ajustarse a los aspectos jurídicos que se han definido.

Dos casos en donde se puede comprobar a la perfección la aplicación correcta y apropiada de la justificación jurídica detallada, en la materia medioambiental, son en los casos de los parques nacionales<sup>392</sup> y en lo referente a la protección de las especies en relación con la caza y pesca continental<sup>393</sup>. En lo referente a los parques nacionales, resulta claro y evidente de que debe de ser el Parlamento el que debe de entrar a definir los criterios para establecer, concretamente, la extensión, espacio físico, especies a proteger y los demás elementos que sean propios a la creación del parque; la Administración con seguridad tendrá un margen de discreción en torno a ciertos

---

<sup>392</sup> Véase Ley 4/1989, de 27 de marzo, Establece normas de protección, conservación, restauración y mejora de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, artículo 22 y ss. Asimismo, véase, Faya Barrios, Antonio Luis. Discrecionalidad y Espacios Naturales Protegidos: Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio. en. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez. Madrid: Civitas, 1996, p. 51-56.

<sup>393</sup> *Ibíd*em, artículo 33 y ss.

elementos, pero no podrá determinar los aspectos de tal relevancia e importancia como lo serían la determinación, extensión y el motivo con el cual fue creado el mismo.

Como puede comprobarse, tales elementos tienen una importancia considerable, así como relevancia a nivel social, deben de ser examinados en la exposición de motivos de la ley y dejan un amplio margen discrecional a la Administración; y, de mayor importancia todavía, se ajustan a los Principios de Objetividad y Eficacia. Igual situación puede comprobarse en lo que se refiere a la caza y a la pesca. Cualquier legislación dictada en dicho sentido por el Parlamento debería de tomar en cuenta elementos de suma importancia tales como, bajo qué condiciones se puede llevar a cabo la caza o la pesca, las especies sujetas legítimamente a dichas actividades y bajo qué circunstancias se pueden llevar a cabo. Claramente, al igual que el establecimiento de un parque nacional, la pesca o la caza se ajusta plenamente al esquema jurídico que se ha desarrollado.

### *C. El Alcance de la Discrecionalidad en el Urbanismo*

Las observaciones anteriores son aplicables, en términos generales, a la materia urbanística, como consecuencia del papel central que tiene el Municipio. En otras palabras, se fija un marco de actuación legislativo, el cual será complementado, en atención a los intereses locales, por el Municipio. Así, *“la potestad de ordenación urbanística cae, pues, dentro del núcleo de potestades que conforman el ámbito de autonomía que el ordenamiento jurídico reconoce a los municipios y la remisión de la Ley a los planes urbanísticos, configurados como normas que se elaboran por el*



*Ayuntamiento resulta imprescindible para garantizar esa capacidad de autoformación de las Corporaciones Locales.”<sup>394</sup> De manera complementaria, Fonseca Ferrandis ha manifestado que “como ya nos consta, nuestro texto constitucional articula la política urbanística a través de determinados principios, entre los que destacan el de ‘previsión’ y el ‘racionalidad’ en relación a cuantos objetos sean relevantes para la calidad ambiental de la vida individual y social y en particular de la utilización de los recursos naturales y culturales”.<sup>395</sup>*

Claramente, existirá un amplio ámbito de discrecionalidad, en atención a un Principio de Legalidad de corte negativo.<sup>396</sup> Así, *“en cualquier caso se debe destacar que la actividad administrativa de ordenación urbanística se fundamenta necesariamente en una ponderación de los complejos, cambiantes y concurrentes intereses públicos y privados, circunstancia que implica la construcción de las correspondientes potestades administrativas sobre la base del reconocimiento de una cierta discrecionalidad”*.<sup>397</sup> En razón de ello, claramente, el órgano judicial controlador deberá de ser deferente, correspondientemente, a dicha discrecionalidad, que ha sido categorizada como técnica, en diversas instancias y ocasiones.<sup>398</sup> Precisamente, *“dicha potestad ordenadora no se puede ver condicionada por otros intereses particulares más o menos*

---

<sup>394</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico: Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*. 2da, ed., Navarra: Aranzadi, 1999, p. 337.

<sup>395</sup> Fonseca Ferrandis, Fernando E. *La liberalización del suelo en España. Presupuestos y marco jurídico-constitucional*. Prólogo de Luciano Parejo Alfonso. Madrid: Marcial Pons, 1999, p.243.

<sup>396</sup> Desdentado Daroca, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y...*, p. 337

<sup>397</sup> Fonseca Ferrandis, Fernando E. *La liberalización del suelo en España...*, p. 244.

<sup>398</sup> *Ibíd*em, p. 339.

*extensos, que aunque estimables desde su propia perspectiva individual y siempre dignos de atención, no pueden ser determinantes, por sí solos, de los intereses superiores del conjunto de la ciudad”.*<sup>399</sup>

Igualmente, es necesario destacar la materia urbanística destaca los problemas que se han venido señalando. La diferencia de criterios responde a las diferencias doctrinarias apuntadas con anterioridad. Por lo tanto, habrá acusaciones de activismo judicial y otros indicarán que existe un control judicial apto.<sup>400</sup> En efecto, *“Parejo pone de relieve que el control de las determinaciones del planeamiento urbanístico se está llevando a cabo sobre la base de técnicas escasamente precisas que llevan inherentes un peligro de desbordamiento por el juez contencioso-administrativo de los límites de su función de control”.*<sup>401</sup> Por lo tanto, no existe una aplicación de deferencia<sup>402</sup>, se debilita el Poder Ejecutivo, en términos generales, así como los Municipios, y se llega a caer en activismo judicial.<sup>403</sup>

Esto puede reflejarse en la Sentencia No. 2056, de 13 de mayo de 2008, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), en la cual se establece, al analizar el Plan Urbanístico de Getxo, que *“en la sentencia recurrida (fundamento jurídico tercero “in fine”) se afirma categóricamente que no existen elementos que permitan concluir que la decisión del planificador excede de los límites de*

---

<sup>399</sup> *Ibíd.*, p. 245.

<sup>400</sup> *Ibíd.*, p. 402.

<sup>401</sup> *Ibíd.*

<sup>402</sup> *Ibíd.*, p. 479-480.

<sup>403</sup> *Ibíd.*

*la discrecionalidad que subyace en la potestad de planeamiento o que se haya adoptado de forma irrazonable o ilógica". Además, continúa manifestando que "compartimos nosotros íntegramente tal aseveración porque en el mismo fundamento jurídico cuarto se relata la secuencia de lo acontecido con el trazado de la denominada "Vía Parque", y de tales hechos no se deduce ni falta de motivación en la elección del trazado o mal uso de la discrecionalidad por parte de las Administraciones urbanísticas ni menos arbitrariedad en sus decisiones, lo que no supone tachar de irrazonable o disparatada la propuesta de modificación planteada por el recurrente, pero el que esto sea así, como lo admite la Sala sentenciadora, no demuestra ni implica que la opción elegida por la Administración fuese inmotivada y arbitraria sino que de los hechos declarados probados se deduce que tuvo razones suficientemente explícitas para aprobar definitivamente el trazado del vial como lo hizo..."*

En igual sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera), en su Sentencia No. 322/2009 de 7 de abril, analizando el Plan General Metropolitano, destacó que *"Pues bien, como es sabido la potestad de planeamiento es por su propia naturaleza ampliamente discrecional, en cuanto que conformadora y encauzadora del territorio y su futuro desarrollo, y contiene, en sí misma, un ius variandi de las situaciones anteriores para hacer posible la adaptación a nuevos criterios y prioridades; sólo demostrando que la regulación aprobada es irracional, incongruente o incoherente con la realidad el territorio o de la población, o*

*que resulta inoperante o imposible habida cuenta de la situación fáctica del sector, o que es contraria al interés público, inmotivada o incurso en desviación de poder podría concluirse en su nulidad. A ello podríamos añadir que lo determinante para apreciar la corrección de una decisión urbanística no es que existan otras igualmente factibles, funcionales u operativas, sino demostrar que la adoptada es irracional, arbitraria o incongruente en los términos ya expuestos. De no ser así, la discrecionalidad de la Administración planeadora a la hora de configurar y definir su territorio, debe prevalecer sobre las opiniones o las conveniencias subjetivas de los afectados; sin olvidar que desde una estricta técnica jurídica no es suficiente con invocar lo que se considera una injusticia subjetiva ya que, conforme al art. 33 de la Constitución ( RCL 1978, 2836) la función social de la propiedad delimita su contenido de acuerdo con las Leyes y en el mismo sentido se pronuncian los arts. 1 y 2 de la Ley 6/98 aplicable al presente caso, y después lo ha hecho la Llei 2/02 en su art. 5 ”.*

*Por último, dicha Sentencia determina que “el intento de la parte actora de demostrar la bondad de la anterior clasificación de suelo urbanizable no programado no podrá prosperar pues, como se ha dicho, resulta indiferente si existen otras alternativas factibles, cuando lo determinante sería demostrar que la elegida por la Administración, en cuanto garante y gestora de los intereses generales, resulta inviable, irracional o desacertada en los términos dichos en los párrafos anteriores.”*

En definitiva, resulta necesario enfatizar que *“el carácter discrecional que necesariamente se debe atribuir al ejercicio de las potestades reconocidas a la Administración en materia de ordenación urbanística, no significa que puedan ser utilizados con absoluta libertad o para cualquier finalidad. Por el contrario, toda actividad administrativa debe tener como objetivo la consecución de un fin, fin que viene siempre determinado bien tácitamente, bien expresamente por la norma que atribuye la potestad para actuar a la Administración y que debe ser coincidente con el mandato contenido en el art. 103.1 de nuestro texto constitucional, es decir, el servicio objetivo a los intereses generales”*.<sup>404</sup>

Sin embargo, no solo las materias medioambiental y urbanística presentan importantes contrastes en lo que se refiere a la vigencia de ambas nociones del Principio de legalidad, la discrecionalidad y su control judicial. El Derecho a la integridad física y moral, cuya relevancia a nivel constitucional no puede llegar a negarse<sup>405</sup>, es otra nueva prueba del balance jurídico que existe en el ámbito jurídico del Principio de Legalidad. Precisamente, éste realza aspectos propios de las nociones positivas y negativas de aquél.

---

<sup>404</sup> *Ibíd.*, p. 247.

<sup>405</sup> Artículo 15 de la Constitución Española.

*D. El Principio de Legalidad y su relación con la regulación del derecho a la integridad física y moral y la Deferencia.*

Como un derecho fundamental, consagrado en el Título Primero, Capítulo II, de la Constitución Española, y por su propia naturaleza, el derecho a la integridad física y moral goza de una enorme relevancia en el plano constitucional y social español. Concretamente, este derecho viene a englobar la tutela y protección jurídica que merece la persona humana, como unidad; o sea, su parte física y psicológica. Por ello, el Estado deberá tutelar y garantizar que la persona humana, en su conjunto, no sea vulnerada ni afectada de modo alguno, en detrimento de su desarrollo integral. Como consecuencia de ello, existe legitimación constitucional para llevar a cabo cualquier regulación que sea necesaria para garantizar dicha tutela y protección. Paralelamente, no podrán existir limitaciones hechas en detrimento de dicho derecho fundamental, a menos de que exista la correspondiente reserva legal; ésta deberá de ajustarse a los parámetros que han sido descritos.

Sin embargo, lo que sí queda absolutamente claro es que cualquier regulación en éste ámbito es sumamente delicada y atrae enormes consecuencias de índole social que muchas veces, es difícil de encontrar en otros ámbitos regulatorios. Incluso, puede notarse una característica importante en las regulaciones que se llevan a cabo en relación con dicho derecho fundamental. Si bien en la mayoría de las regulaciones administrativas se impulsan medidas y acciones que implican una intervención del

Estado en la vida pública, en el ámbito del derecho a la integridad física y moral, éstas más bien vienen a evidenciar una regulación que busca evitar la intervención estatal; por ende, se viene a regular, por lo general, acciones que no deben llevarse a cabo o permitirse, y que si se llegaran a permitir, únicamente lo sería en circunstancias específicas y cualificadas.

Indiscutiblemente, es la naturaleza y los propios límites del derecho fundamental los que justifican dicha convergencia jurídica. Lejos de estar en una situación en donde el Estado se encuentra en un deber constitucional de intervenir para garantizar el desarrollo humano, éste más bien, debe establecer normas jurídicas para auto limitarse o para evitar que la persona humana no lleve a cabo acciones que puedan ir en su propio detrimento.

Indudablemente, estos son dos casos límite y de suma relevancia a nivel social, que en razón de los valores jurídicos que tutelan, deben ser estrictamente regulados. Igualmente, y como lo ha determinado el Tribunal Constitucional en su sentencia número 116/1999 de 17 junio, el criterio señalado también es aplicable a la investigación y experimentación de preembriones.<sup>406</sup>

De la misma forma, en lo que se refiere a la reproducción asistida, el Tribunal Constitucional, afirmó, que *no carece de toda justificación que el legislador, al regular el uso de las técnicas de reproducción asistida, estableciese ciertas reglas sobre los requisitos que deben cumplir las mujeres que se sometan a las mismas o sobre la*

---

<sup>406</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 116/1999 de 17 junio.

*filiación de los nacidos por fecundación artificial, dado que estos aspectos son consecuencia jurídica inescindible de la aplicación de las técnicas reproductoras objeto de la regulación legal.*<sup>407</sup> Este fenómeno tiene importantes consecuencias en el ámbito del Principio de Legalidad. En este sentido, puede concluirse que es el Principio de Legalidad en su corte positivo el que pareciese tener preeminencia sobre el negativo.

Pero, dicha preeminencia debe interpretarse, más bien, como una faceta más de la convergencia e interdependencia de ambas nociones del Principio de Legalidad en el Estado Social de Derecho.<sup>408</sup> Primero que todo, no puede interpretarse, ni mucho menos considerarse, que dicha faceta es un rompimiento en el esquema constitucional y administrativo del Estado Social de Derecho que se ha venido estipulando. Al contrario, dicha característica divergencia, esto es, la preeminencia de la noción positiva del Principio de Legalidad, refuerza el análisis y la tesis establecida.

Por lo tanto, da a entender, nuevamente, que el Principio de Legalidad positivo es una excepción, y no de aplicación generalizada, dentro del esquema funcional del Estado Social de Derecho. El hecho de que no sea el Principio de Legalidad negativo el que tenga preeminencia en un área específica de regulación estatal, no implica que el esquema se resquebraje. Más bien, viene a reafirmar que dicha preeminencia no es común, y sólo se da bajo ciertas circunstancias.

---

<sup>407</sup> *Ibíd.*

<sup>408</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de...*, p. 203-204.



Como puede comprobarse, se da bajo circunstancias que no son las usuales a la hora de regular por parte del Estado. Asimismo, se desarrolla en ámbitos muy sensibles socialmente y que despiertan mucho recelo y controversia en la población. De igual manera, la intervención del Estado en una materia tan delicada como lo es la integridad física y moral, debe ser mínima y controlarse en un máximo nivel. Claramente, todo esto se ajusta perfectamente al esquema jurídico que se ha venido utilizando.

Sin embargo, sí es evidente un nuevo matiz, que puede incorporarse como un elemento relevante dentro del esquema realizado. En efecto, puede determinarse que como el Estado no tiene el deber constitucional de intervenir directamente en la vida social de los ciudadanos para garantizar el desarrollo humano, y, que más bien buscará establecer normas jurídicas para auto limitarse o para evitar que la persona humana no lleve a cabo acciones que puedan ir en su propio detrimento, el Principio de Legalidad no podrá ser negativo. Por lo tanto, puede determinarse la perfecta dualidad del Principio de Legalidad que existe en el ámbito regulatorio, y cómo, dependiendo del espacio y del propósito regulador del Estado, se procederá a una técnica u otra.

Así, cualquier regulación que resulte de las obligaciones del Estado Social de Derecho, de intervenir en los procesos económicos, culturales y sociales para garantizar un mayor desarrollo humano, parte de la base del Principio de Legalidad negativo. Paralelamente, en el momento de que la regulación, más bien, pretenda restringir el espacio de actuación estatal, o la tutela y/o protección efectiva de un derecho fundamental, el Principio de Legalidad será positivo. Consecuentemente, dependiendo

de la base constitucional que se esté utilizando como fundamento, ya sea, obligaciones justificadas en los deberes sociales del Estado, o la estipulación de garantías propias del Principio Democrático, la preeminencia del Principio de Legalidad variará. Claro está, y como ya quedó demostrado, el Principio de Legalidad puede aún ser positivo en el momento de establecer regulaciones provenientes de obligaciones sociales propias del Estado Social de Derecho.

Este análisis resulta clave en el entendimiento de la definición del control judicial de las Administraciones Públicas. Como se puede desprender, es el entendimiento de la aplicación del Principio de Legalidad, el que permite definir el control judicial de las Administraciones Públicas. En otras palabras, es el Principio de Legalidad, en la forma en que es aplicado, el que establece el balance jurídico político de cualquier ordenamiento. Consecuentemente, éste servirá como base para entender el alcance del control judicial. Y, del entendimiento de las vertientes del Principio de Legalidad, se podrá desprender la aplicación de conceptos como la deferencia. Claramente, en el espacio del Principio de Legalidad negativo, este concepto tendrá un papel preponderante, mientras que en la vertiente positiva, su aplicación pueda no darse.

De esta forma, cabe llegar a la siguiente conclusión. El ámbito administrativo de actuación tiene dos vertientes. Una vertiente representa el ámbito jurídico de garantías propias de todo Estado construido con base en el Principio Democrático; el Principio de Legalidad positivo tendrá preeminencia en éste. Al mismo tiempo, existirá otra vertiente, propia de las obligaciones que resultan del Estado Social de Derecho, en

donde convergen ambas nociones del Principio de Legalidad; sin embargo, será la negativa del Principio de Legalidad la que tenga preeminencia.

El complejo funcionamiento de la Administración Pública, y de su base jurídica más importante, el Principio de Legalidad, ofrece un panorama diverso, que puede ordenarse en un esquema lógico apropiado para que exista un pleno ajuste al Principio de Eficacia. Claramente, la utilización de varias formas, conjuntamente, del Principio de Legalidad, en diversos campos regulatorios, y la cantidad de técnicas legislativas trae una enorme confusión al jurista; y, a pesar de que, conceptualmente, no afecte considerablemente al entendimiento de los instrumentos jurídicos que se regulan, es necesario tener un pleno entendimiento de los mismos. De lo contrario, se dificulta el control judicial de la Administración Pública, el entendimiento lógico formal del funcionamiento de la misma y la comprensión de las técnicas legislativas válidas para regular el Estado Social de Derecho.

Estas inquietudes han logrado ser resueltas, pues se ha podido determinar un adecuado esquema lógico funcional apropiado para el Estado Social de Derecho, que a la vez utilice sus diferentes cimientos para justificarlo. Por ello, se ha determinado, en primer lugar, que no existe una contradicción ni impedimento jurídico alguno de que tengan plena vigencia en un mismo ordenamiento jurídico dos nociones distintas del Principio de Legalidad; en efecto, se ha podido concluir que el Principio de Legalidad es uno, y que sus diversas vertientes no afectan en nada el funcionamiento eficaz de la Administración Pública.

En segundo lugar, se estableció como, en base en las obligaciones constitucionales propias del Estado Social de Derecho, como es el caso de las regulaciones del medio ambiente, predomina el Principio de Legalidad negativo. Asimismo, se pudo determinar, como, también es posible, y válido a la vez, que se utilice el Principio de Legalidad positivo; ello tiene justificación en la propia posición constitucional de que goza el Parlamento como el órgano estatal más representativo. De esta forma, se pudo llegar a concluir que, en aquellas regulaciones que devienen de los propios deberes constitucionales exigidos por el Estado Social de Derecho, tendrá preeminencia el Principio de Legalidad negativo, pudiendo utilizarse excepcionalmente, y cuando se den los supuestos determinados, el positivo.

Esta conclusión llevó a analizar la aplicación del Principio de Legalidad en circunstancias relacionadas con el Derecho a la integridad física y moral. La aplicación de éste en lo que se refiere a dicho derecho fundamental logró determinar que predominaba el Principio de Legalidad positivo; no tenía sentido aplicar el negativo, pues éste no se ajustaría a los propósitos garantistas y de tutela que se tienen en cuenta a la hora de regular dichas situaciones jurídicas. Por lo tanto, se ha podido definir dos áreas generales de regulación administrativa, una en base a obligaciones constitucionales exigidas por la propia definición del Estado Social de Derecho, y otra, inherente al Principio Democrático; esta última será de corte más garantista, y como consecuencia, deberá de ser mayormente definida por el órgano parlamentario.

Dicho esquema funcional jurídico refleja fielmente el modo operativo regulatorio del Estado moderno. Por ende, permite al jurista herramientas importantes para lograr concluir en qué circunstancias se puede utilizar una técnica regulatoria u otra. Asimismo, se permite el control de constitucionalidad y de conocer los límites de actuación del Parlamento a la hora de establecer ciertas regulaciones. Pero, lo más importantes, es, precisamente, la definición y precisión conceptual del Principio de Legalidad y de su aplicación práctica. Como consecuencia de ello, se logrará satisfacer las exigencias constitucionales de los Principios de Eficacia y de Objetividad; el de Eficacia, por cuanto, se justifica un papel activo y programático de la Administración Pública, y el de Objetividad, por cuanto se permite establecer los elementos garantistas para evitar abusos y violaciones del orden público. De esta forma, el Estado Social de Derecho podrá cumplir con su fundamento y fin.

2. El control judicial de las Administraciones Públicas es la aplicación del balance jurídico-político que exige la Constitución Política de cada ordenamiento jurídico. El debilitamiento del Poder Ejecutivo.

Cada uno de los aspectos detallados anteriormente constituye un elemento indispensable en un análisis complejo de una serie de fenómenos que se presentan en el Derecho Administrativo y que afectan directamente el papel que juega el Poder Ejecutivo en los esquemas constitucionales modernos. Como se ha logrado

determinar, los esquemas constitucionales modernos exigen un balance preciso entre los órganos constitucionales y sus relaciones, lo cual viene a afectar el completo desarrollo de los sistemas jurídicos. De esta forma, la deferencia, el activismo judicial, el entendimiento del Principio de Legalidad y cómo se lleva a cabo el control judicial de la discrecionalidad técnica, son todos elementos jurídicos que reflejan la lucha académica por definir la situación orgánica del Poder Ejecutivo en los esquemas constitucionales modernos.

Claramente, cada elemento de los mencionados anteriormente refleja un aspecto visible de las posibles variantes que se pueden dar. Así, la deferencia representa un fortalecimiento significativo del Poder Ejecutivo frente a los demás poderes, porque los criterios que éste esboce tienen un valor adicional al que puede tener una actuación de cualquier otro órgano constitucional. Por otra parte, el activismo judicial ejemplifica actuaciones judiciales que van más allá de los mandatos constitucionales con el propósito de someter, antijurídicamente, al Poder Ejecutivo a un mayor control o a uno de corte excesivo. Y, conceptos técnicos, como la discrecionalidad técnica vienen a representar el choque entre ambos polos, esto es, entre un fortalecimiento o un debilitamiento del Poder Ejecutivo. Sin duda alguna, el balance constitucional que debe de existir entre los tres órganos constitucionales, implica, necesariamente que no se dé alguno de los dos polos opuestos que se acaban de señalar. En otras palabras, el Poder Ejecutivo ni debe encontrarse fortalecido ni debilitado, sino que, simplemente, ocupando la posición

que el orden constitucional le defina. Esta situación viene a ser definida por el artículo 106.1 de la Constitución Española, el cual establece que *“los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”*; dicho elemento se precisa en mayor grado en el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que establece que *“los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.”*.

Desafortunadamente, en la actualidad, fenómenos como el terrorismo o el fortalecimiento de los extremos políticos, ha llevado a una completa desfiguración de la aplicación jurídica del control judicial de las Administraciones Públicas; se ha politizado el Derecho. Los análisis que se han llevado a cabo de los distintos conceptos jurídicos estudiados reflejan que los mismos no están exentos de elementos políticos, a pesar de ser de una naturaleza válida. En igual sentido, la utilización de conceptos, tales como los de interés general, que carecen *“de verdadero esfuerzo doctrinal por clarificar el contenido y alcance de la noción”*, muchas tiene como consecuencia que se recurra a ellos para que se dé una politización del Derecho<sup>409</sup>. Por ende, su aplicación correcta y

---

<sup>409</sup> Parejo Alfonso, Luciano. Estudio preliminar: interés público ..., p. 28.

adecuada implica prevenir su desnaturalización y mantener su modelo jurídico. Y, precisamente, en ello radica el determinar el control judicial de las Administraciones Públicas.

#### *A. Definición del Control Judicial de las Administraciones Públicas*

Consecuentemente, la definición del control judicial de las Administraciones Públicas deberá, con base en lo esbozado anteriormente, de integrar elementos jurídicos válidos como la deferencia, la discrecionalidad técnica, y aplicarlos de manera adecuada para impedir el activismo judicial. Sin embargo, ello no significa, bajo ninguna circunstancia que se puede negar un control judicial efectivo y ampliamente desarrollado que impida la existencia de actos antijurídicos por parte del Poder Público., como ya se ha establecido, y como lo establece el artículo 106.1 de la Constitución Española. Así, el control judicial representa la compatibilidad de los distintos elementos del Derecho Administrativo y su integración para garantizar el funcionamiento apto y adecuado, conforme al Principio de Legalidad, del Estado de Derecho; este último elemento es el que resulta clave en la delimitación del control judicial.

Por lo tanto, un concepto jurídico no podrá impedir el control judicial de un acto administrativo. Pero ello no implica que elementos técnicos jurídicos del Derecho Administrativo, como la deferencia, sirvan para lograr definir dicho control. Claro está, un concepto que limite el control judicial al punto de que constituya un no control, indudablemente, no podrá ser válido en un ámbito constitucional moderno. Al mismo



tiempo, sólo por el hecho de que ciertos controles a las actuaciones de las Administraciones Públicas sean más limitados que otros, por el tipo de acto que sirve de objeto, no implica su invalidez constitucional.

En este sentido, estas aseveraciones vienen a revelar el aspecto central de cualquier control judicial de las Administraciones; la definición estará proveído por el sistema constitucional y sus diferentes estipulaciones en relación al balance exigido entre los tres Poderes.

#### *B. El balance jurídico-político de los órganos constitucionales*

Del análisis constitucional de los distintos órganos se puede extraer una conclusión central. El control jurídico del Poder Judicial es central e incuestionable en cualquier Estado de Derecho y no puede considerarse que existan áreas que estén exentas del mismo. Sin embargo, y como se ha venido apuntando, la intensidad y la profundidad del control judicial es variable y deberá ajustarse a las atribuciones constitucionales de las Administraciones Públicas, evitando sustituciones antijurídicas o la imposición de un criterio o ideología específica, que constituiría activismo judicial. En este sentido, el control judicial debe aplicarse armónicamente con la legitimación democrática del Legislativo y respetar el fondo de las decisiones hechas por dicho órgano.

Dichas afirmaciones llevan necesariamente a concluir que no puede caerse en extremos en el momento de llevar a cabo el control judicial. Esto quiere decir que éste

no puede estar definido por una deferencia predominante, lo cual implicaría un control judicial prácticamente inexistente, o, por otro excesivamente permisivo que tolere el activismo judicial. La consecuencia más directa de una deferencia que sirva de base al sistema jurídico administrativo será el de crear un Poder Ejecutivo sumamente centralizado que impedirá un desarrollo democrático legítimo y válido; el Legislativo y el Judicial quedarían al margen de éste. Y, paralelamente, un control judicial que permita el activismo judicial no permitirá al Ejecutivo llevar a cabo sus funciones y las bases democráticas de su legitimación se verán erosionadas.

### *C. El orden constitucional*

Claramente, cualquier texto constitucional en un Estado de Derecho viene a definir el medio aplicativo del Derecho Administrativo, el cual no puede separarse del control judicial que recaerá sobre éste. Precisamente, esto representa un orden constitucional específico que debe de respetarse, pues es la base central de todo Estado de Derecho. De esta manera, de las atribuciones y funciones propias de cada órgano constitucional, según estén definidas por dicho texto, y de la interpretación íntegra de los valores del mismo, se puede extraer la definición del control judicial.

En efecto, del conjunto de atribuciones constitucionales de cada órgano debe extraerse el límite propio de las actuaciones de estos. El análisis del conjunto de los mismos permitirá determinar cuál es su ubicación de la estructura constitucional diseñada y cómo debe ser su relación con los otros Poderes, de manera que ninguno se

sobre imponga al otro. Dicha función de análisis es una labor profunda y compleja que tiene que ser integral y tomar en cuenta diversos elementos, pero siempre y cuando prevalezcan los criterios jurídicos. Y, sin duda alguna, es el Juez la persona adecuada para este profundo análisis y determinación.

*D. El Juez determina el balance jurídico-constitucional, y lo aplica al controlar a las Administraciones Públicas*

El control judicial de las Administraciones Públicas y de los actos administrativos que emanan de éstas es, discutiblemente, uno de los elementos centrales en cualquier Estado de Derecho, como bien queda establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio; representa la aplicación práctica directa de la limitación al poder central impuesta por el Principio de Legalidad. De esta manera, la labor que se le encomienda al Juez Contencioso Administrativa, a la hora de determinar la legalidad de una determinada acción administrativa, es de suma delicadeza.

En primer lugar, no debe, bajo ninguna circunstancia apartarse de criterios jurídicos para fundamentar su decisión. Claramente, tiene que asegurarse de que su decisión se encuentre fundamentada en Derecho y que responde a la realidad fáctica del caso. Adicionalmente, no podrá responder su decisión a un deseo específico

personal o que considere adecuado como resultado; lo contrario resulta también cierto, por cuanto el Juez no puede temer a un posible resultado, aunque pudiese ser de naturaleza controversial a la opinión pública.

Igualmente, el que el Juez sea el que lleve a cabo el control jurisdiccional y que esté encargado de velar porque las Administraciones Públicas no abusen de su autoridad y lleven a cabo actuaciones antijurídicas, no implica que los criterios esbozadas por éstas no merezcan una consideración relevante; esto es, que simplemente porque viene de una autoridad pública no tiene que considerarse que, por Principio, éste es cuestionable o susceptible de ser antijurídico.

Consecuentemente, partiendo de esos Principios, el Juez deberá realizar un análisis detallado y preciso de la situación fáctica para definir su ajuste a los elementos y conceptos jurídicos que se encuentran en juego. Es, en este momento, donde uno de los componentes más importantes del Derecho Administrativo entra en juego. En efecto, el primer aspecto, y el que recibirá mayor atención por parte del Juez, será la motivación, la fundamentación técnico jurídica, que justifique la actuación administrativa bajo análisis. El análisis que se realiza es el que permitirá concluir la validez jurídica de la actuación administrativa; éste y su enfoque son la parte principal y la más importante del control judicial de las Administraciones Públicas. Precisamente, la forma en que el Juez inicie, y lo que pretenda lograr por medio de su análisis, determinará el resultado del mismo. De la manera en la que el Juez entienda cuál es su meta, a la hora de llevar a cabo el control judicial de las Administraciones Públicas, el

Estado de Derecho se preservará como una organización político jurídica para garantizar el desarrollo de sus ciudadanos; en otras palabras, adherirse y cumplir con el interés general.

Específicamente, el concepto descrito viene a reflejar lo que Parejo Alfonso ha denominado el criterio estimativo entre el componente objetivo y el subjetivo del interés general.<sup>410</sup> Parejo Alfonso resalta la importancia de este elemento, al señalar que *“es capital, pues el que cualifica los objetos como procurables (los fines legítimamente perseguibles), los identifica como tales y los vincula, en el tráfico jurídico, con precisos sujetos, es decir, determinados centro de imputación de relación jurídicas, permitiendo así la protección o tutela jurídica cabalmente del correspondiente ‘interés legítimo’(una de cuyas variedades es justamente el interés general, que presenta la singularidad de poder ser tutelado en principio por el propio sujeto portador, la Administración Pública).”*<sup>411</sup>

Dentro de la valoración estimativa que contempla Parejo Alfonso, deben añadirse los intereses privados y públicos que son objeto de cualquier judicial de naturaleza administrativa. En este sentido, *“se entiende perfectamente así que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sea, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el único cuya titularidad corresponde por igual a los sujetos privados y públicos. Pues este derecho fundamental se refiere, además de a los*

---

<sup>410</sup> Parejo Alfonso, Luciano. Estudio preliminar: interés público ..., p. 32.

<sup>411</sup> Ibídem, p. 32-33.

*derechos, a los intereses legítimos; intereses éstos que, al englobar a todos los legítimos (y no hacer acepción de su carácter público o privado), pueden ser, conforme ya se ha dicho, a cualesquiera sujetos”.*<sup>412</sup>

Los estudios del control judicial de las Administraciones Públicas, generalmente, se centran sobre si debe o no haberlo, la extensión del mismo y sobre el papel del Juez a la hora de llevarlo a cabo; cada uno de estos elementos son de una enorme trascendencia y son necesarios para este análisis. Sin embargo, cada uno de estos es de aproximación sustantiva considerable, que muchas veces toman en cuenta, pero no enfatizan, sobre cómo debe de analizar el Juez. En otras palabras, ignoran el trasfondo constitucional de su labor.

A la hora de llevar a cabo el control judicial de las Administraciones Públicas, el Juez Contencioso-Administrativo está ayudando a preservar y mantener el balance constitucional entre los órganos de dicha naturaleza que reconoce dicho texto. Por lo tanto, el Juez, al realizar su análisis, tiene obligación de tener claro que su labor es la de estudiar las actuaciones administrativas para preservar el equilibrio constitucional, que sería destruido en el tanto se desarrollasen situaciones antijurídicas. En otras palabras, el Juez debe identificar el interés general y ajustarlo al esquema constitucional vigente. Como indica Parejo Alfonso, *“el objeto en que consiste el interés general es, pues, siempre una necesidad y un fin comunitarios identificados directamente en la norma*

---

<sup>412</sup> *Ibíd.*, p. 35-36.

*constitucional o decantados en el curso del desarrollo constitucional a partir del orden de bienes y valores establecido por aquélla”.*<sup>413</sup>

Paralelamente, al concluir su función controladora, el Juez, inmediatamente deberá cuestionarse si, el resultado, efectivamente, logra preservar dicho balance. La manera en que se conteste dicha pregunta, determinará si el análisis, y por tanto, el resultado del mismo es el correcto. Claramente, se impedirá que se lleve a cabo el activismo judicial, y, a la vez, que se dé un fortalecimiento indebido del Poder Ejecutivo en el ámbito constitucional.

Sin embargo, es importante enfatizar que dicho balance constitucional no puede analizarse de forma abstracta únicamente, sino que hay que asumir la existencia de un elemento sustancial. En efecto, de no tomarse en cuenta un elemento sustantivo en el análisis, el aspecto central del Derecho como fenómeno social sería completamente ignorado y hecho a un lado. Por lo tanto, es necesario identificar el elemento común existente entre el necesario balance técnico jurídico constitucional y su relación hacia el ámbito social propio del Derecho.

De esta forma, cabe identificar a la persona humana, un elemento muchas veces ignorado en el Derecho Administrativo, como el aspecto sustantivo central, del análisis del control judicial de las Administraciones Públicas. Este debe combinarse con el armonioso balance de los órganos constitucionales para poder determinar la validez

---

<sup>413</sup> *Ibíd.*, p. 37

jurídica de un acto administrativo; estos son los componentes generales y universales que informan el resto de los conceptos jurídicos propios del Derecho Administrativo. P

Por lo tanto, un balance técnico jurídico de los órganos participantes implica, necesariamente, que la figura de la persona humana no sea perjudicada en su integridad de forma negativa, concretada en su esfera de intereses y derechos; y esto, aplicado de forma razonable e integral en el esquema de análisis de control judicial, permitirá preservar el balance constitucional de los órganos constitucionales.

Cada uno de estos elementos es incluido en el razonamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia No. 38/2007 de 15 febrero. En efecto, al analizar el control judicial que debe existir sobre las recomendaciones de la Iglesia Católica para el nombramiento de profesores de religión, se debió determinar cómo realizar el mismo. Así, el Tribunal Constitucional manifestó que *“en consecuencia, ni las normas legales cuestionadas excluyen la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado ni tal exclusión resultaría posible. Antes al contrario son, precisamente, los órganos jurisdiccionales los que deben ponderar los diversos derechos fundamentales en juego. Como pone de relieve el Abogado del Estado en sus alegaciones, en el ejercicio de este control los órganos judiciales y, en su caso, este Tribunal Constitucional habrán de encontrar criterios practicables que permitan conciliar en el caso concreto las exigencias de la libertad religiosa (individual y colectiva) y el principio de neutralidad religiosa del Estado con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y laborales de los profesores.”* En igual sentido, describió el control judicial, señalando que *“Así, y sin*



*pretensión de ser exhaustivos, resulta claro que, en primer lugar, los órganos judiciales habrán de controlar si la decisión administrativa se ha adoptado con sujeción a las previsiones legales a las que se acaba de hacer referencia, es decir, en lo esencial, si la designación se ha realizado entre las personas que el Diocesano ordinario ha propuesto para ejercer esta enseñanza y, dentro de las personas propuestas, en condiciones de igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad. O, en sentido negativo, y por ajustarse más a las circunstancias del caso analizado en el proceso a quo, habrán de analizar las razones de la falta de designación de una determinada persona y, en concreto, si ésta responde al hecho de no encontrarse la persona en cuestión incluida en la relación de las propuestas a tal fin por la autoridad eclesiástica, o a otros motivos igualmente controlables. Más allá de este control de la actuación de la autoridad educativa, los órganos judiciales competentes habrán de analizar también si la falta de propuesta por parte del Ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, criterios cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo. En fin, una vez garantizada la motivación estrictamente «religiosa» de la decisión, el órgano judicial habrá de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza*

*de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo.”*

*B. El control constitucional del balance-jurídico constitucional*

Las conclusiones anteriores llevan necesariamente a cuestionar la forma o el método adecuado para determinar el control judicial de las Administraciones Públicas. Si bien es el Juez Contencioso Administrativo el encargado en aplicar dicho control, el intérprete final de todo texto constitucional es el Tribunal Constitucional de cada Estado; ninguna interpretación constitucional puede separarse de las bases jurisprudenciales interpretativas que hayan realizado dichos órganos.

Por lo tanto, el Juez Contencioso Administrativo deberá seguir los criterios esbozados por la jurisprudencia constitucional; éste definirá el balance constitucional tomando en cuenta lo establecido por el máximo intérprete de dicha norma en el Ordenamiento Jurídico en cuestión. De lo contrario, se daría el caso, en claro perjuicio de la seguridad jurídica, de que cada Juez Contencioso Administrativo definiría un balance constitucional distinto. Y, sin duda alguna, las Administraciones Públicas serían las mayores perjudicadas de dicha situación.

El balance constitucional de los órganos de este tipo es la base de todo Estado de Derecho. Como consecuencia de ello, no es posible permitir que dicha definición sea hecha sin ningún tipo de fundamento común, determinado por un órgano especializado y cualificado para dicha tarea. Precisamente, el Tribunal Constitucional de cualquier Estado de Derecho es el cualificado para tal labor, y al que debe otorgársele la obligación de sentar las bases y pautas para que sean puestas en práctica por el Juez Contencioso-Administrativo.

De esta manera, el Juez Contencioso-Administrativo no podrá ir más allá de dichas fijaciones, ni podrá crear modelos de control que no se ajusten al modelo constitucional definido. Al ser la Constitución la que define dicho control, los límites del mismo se encuentran ahí fijados. Dado que el Tribunal Constitucional establecerá el balance que define el control judicial, si el Juez Contencioso-Administrativo ignorase los criterios de éste, su interpretación iría en contra del texto constitucional que pretende defender y mantener. Como bien lo resume Parejo Alfonso, *“este perfil funcional del cometido constitucional judicial explica igualmente el no tratamiento del poder judicial como titular o portador del interés general. Aunque comprometido con éste (en el caso del orden contencioso administrativo, en tanto que controlador del sujeto responsable de su satisfacción; de ahí lo equivocado de la tendencia a negar cualquier peculiaridad al proceso contencioso administrativo), no le corresponde papel alguno en la acción*

*positiva precisa para dicha satisfacción”.*<sup>414</sup> Esto reafirma el análisis que se ha venido realizando, en torno al activismo judicial, pues, como concluye Parejo Alfonso, *“constitucionalmente, pues, la responsabilidad y, por tanto, la ‘titularidad’ en punto a la gestión, para su efectividad, del interés general corresponde a la función ejecutiva”.*

C. *El control judicial de las Administraciones Públicas aplicará la deferencia como instrumento de balance en la estructura jurídico-política de un Estado*

El conjunto de elementos técnico jurídicos que se han venido analizando sustentan las conclusiones esbozadas. En efecto, la deferencia, las fronteras de la ciencia, el activismo judicial y la discrecionalidad son todos partes de un complejo sistema de control jurisdiccional. La única forma de poder comprender sus distintas funciones, y de organizarlos apropiadamente dentro del marco de un Estado de Derecho, evitando así contradicciones dentro del Ordenamiento Jurídico, es justificarles dentro del balance constitucional.

En otras palabras, es encontrando la función y relación entre cada uno de dichos elementos, que es posible entender cómo debe de realizarse el control judicial de las Administraciones Públicas. Por lo tanto, no es válido simplemente negar el uso de ciertos conceptos jurídicos por ser más propios de otros Ordenamientos Jurídicos o líneas de pensamiento. Al contrario, es necesario determinar su validez y adecuación a los distintos sistemas jurídicos bajo estudio y cómo estos se ajusten a los mismos.

---

<sup>414</sup> Parejo Alfonso, Luciano. Estudio preliminar: interés público ..., p. 39.

En este sentido, es sumamente sencillo descartar elementos técnicos como la deferencia o las fronteras de la ciencia, simplemente por el hecho de ser más propias del Derecho anglosajón. El verdadero reto del jurista se encuentra en determinar su validez, existencia y aplicación dentro de otros sistemas jurídicos, específicamente, los europeo-continenciales. Dicho análisis es sumamente complejo, e implica un minucioso estudio de la forma en que es aplicado el Derecho Administrativo y las relaciones constitucionales existentes en cada sistema jurídico.

Al mismo tiempo, actuaciones excesivas de los jueces, que escapan el entorno jurídico, deben estudiarse en detalle para prevenir su expansión. Claramente, hay que identificar los componentes del activismo judicial, y en qué consiste concretamente, para que el Juez evite caer en el mismo. Sin duda alguna, el activismo judicial puede ser de una naturaleza inconsciente por parte del Juez. Si no está al tanto en lo que resulta permisivo en su control judicial de las Administraciones Públicas, éste podría verse llevado a incurrir en activismo judicial.

Esto tendrá como consecuencia un fortalecimiento excesivo del Poder Judicial, y el correspondiente debilitamiento del Ejecutivo y de las Administraciones Públicas. En el tanto dicho debilitamiento se convierta en una constante, el funcionamiento de las Administraciones Públicas se verá limitado, y sus funciones afectadas; el Estado de Derecho comenzará a funcionar deficientemente, afectando la definición de sus atribuciones constitucionales. Por lo tanto, éste se convertirá en un Estado donde

jueces sin legitimidad democrática llevarán a cabo funciones de gobierno, sin atribución constitucional alguna.

Adicionalmente, no puede ignorarse el impacto y relación que todos estos elementos guardan con la discrecionalidad técnica. La discrecionalidad técnica, y su controversial control judicial, aplica, en mayor o menor grado, los distintos elementos en discusión. Y, es precisamente, este estudio de la relación de dichos elementos en la discrecionalidad técnica, lo que permite desarrollar los criterios de balance constitucional esgrimidos. Como se puede desprender, la discrecionalidad técnica contiene un grado de deferencia a favor de las Administraciones Públicas; las fronteras de la ciencia, dependiendo del grado de tecnicismo presente, podría ser de aplicación; y, si no se respetan los criterios anteriores, se podría incurrir en activismo judicial.

Por lo tanto, es la discrecionalidad técnica y su control judicial el que deja entrever la clara relación entre dichos elementos. Una vez que se determine el alcance de estos, a la hora de realizar el control judicial de las Administraciones Públicas, podrá entenderse cómo debe llevarse a cabo éste. Por lo tanto, ello tiene como consecuencia que estos servirán como medios para mantener el balance constitucional a la hora de efectuar el control judicial.

D. *La deferencia controla el activismo judicial*

Como puede desprenderse de las conceptualizaciones de la deferencia y del activismo judicial, estos representan dos extremos distintos, aparentemente irreconciliables. Por un lado, la deferencia, que apunta a un control judicial minimalista o inexistente, reflejando un Poder Ejecutivo fuerte e infalible. Al otro extremo, el activismo judicial representa jueces que cuestionan continuamente con ahínco las actuaciones administrativas y dudan de la validez de éstas; se puede llegar hasta presumir su antijuridicidad. Así, se refleja un Poder Ejecutivo que requiere de la asistencia del Judicial a la hora de fijar medidas y políticas de Gobierno; ambas calificaciones se reflejan en el control judicial de la discrecionalidad técnica.

El análisis que se ha venido esbozando claramente rechaza ambos extremos; no es válido asegurar que se puede partir de un Poder Ejecutivo infalible, ni mucho menos, se puede presumir que sus actuaciones son todas antijurídicas, y, excepcionalmente válidas. Claramente, se justifica el constante y efectivo control judicial de las Administraciones Públicas. Sin embargo, al mismo tiempo, se parte del supuesto que el Poder Ejecutivo, y consecuentemente, las Administraciones Públicas, deben tener a su disponibilidad los instrumentos necesarios para poder llevar a cabo, a cabalidad, sus funciones y atribuciones constitucionales.

En este sentido, *“debe hablarse de control, fiscalización, enjuiciamiento, del proceder administrativo, sin más aditamentos”*.<sup>415</sup> De esta manera, el control judicial no implica, ni debería de permitir, un debilitamiento ajeno al balance constitucional del órgano administrativo. En este sentido, la deferencia del Poder Judicial a favor del Ejecutivo servirá como un medio para garantizar dicha independencia y balance; será un instrumento para evitar el activismo judicial. El Juez, sabiendo utilizar la deferencia y aplicándola correctamente, manteniendo un control judicial constante y eficaz, lo evitará. Por lo tanto, en palabras de Igartua Salaverría, el control será débil, negativo y no sustitutivo.<sup>416</sup> En efecto, se limitará *“a lo sumo a rechazar la decisión administrativa recurrida, pero sin imponer otra decisión en su lugar”* y *“sin entrar a polemizar sobre valoraciones controvertidas y a fortiori sin cambiar la opinable valoración administrativa por la propia del tribunal (también opinable)”*.<sup>417</sup>

---

<sup>415</sup> Requena López, Tomás. Ideas en Torno a una Expresión Falaz: El control de la discrecionalidad administrativa. en. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez. Madrid: Civitas, 1996, p. 92.

<sup>416</sup> Igartua Salaverría, Juan. Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Judicial. en. *Revista vasca de administración pública*. No. 46, 1996, p.118.

<sup>417</sup> *Ibídem*.



### **Conclusiones**

A lo largo de este trabajo se ha hecho un esfuerzo de establecer el balance constitucional necesario para que se dé un control propio de las Administraciones Públicas. En este sentido, se ha procedido a determinar en detalle los dos supuestos más comunes, de corte práctico, que se dan en la realidad; esto es, un fortalecimiento excesivo del Poder Ejecutivo, y por el otro, un control desmesurado y deficiente por parte del Poder Judicial. Como consecuencia de ello, se profundizó en temas de suma importancia en el Derecho Administrativo, como lo son la deferencia, las fronteras de la ciencia, la discrecionalidad y su control judicial y el activismo judicial. Si bien el control judicial ha sido objeto de cuantiosos análisis, los otros supuestos prácticamente no han sido estudiados por la doctrina moderna.

Por lo tanto, resultaba imperativo llevar a cabo un estudio detallado y profundo sobre el papel que jugaban estos conceptos, como la deferencia y las fronteras de la ciencia, en el Derecho Administrativo contemporáneo. Al mismo tiempo, era de suma importancia definir, de forma clara y precisa, el concepto de activismo judicial; éste es utilizado frecuentemente, o incluso formalizado jurídicamente como en el caso costarricense, pero resulta difícil o poco común encontrar su conceptualización. Como consecuencia de ello, su utilización da lugar a un sinnúmero de dudas que crea un enorme grado de confusión. Claramente, diversos supuestos que pudiesen ser o no

activismo judicial, podrían ser catalogados como tal dado el enorme grado de indefinición que existe.

Sin embargo, lo más importante era establecer la relación entre todos estos conceptos y cómo se reflejan dentro del control judicial de las Administraciones Públicas. En otras palabras, cuál es la relación entre el debilitamiento y fortalecimiento de cada uno de los Poderes, sus consecuencias e impacto en el Estado de Derecho. Al mismo tiempo, el concepto de la discrecionalidad administrativa, aspecto central y común a cada uno de los temas en estudio, debía ser definido y aclarado, dado el conflicto existente en torno a éste. Como puede verse, la labor era compleja, pues implicaba elaborar una estructura analítica y sistemática de aspectos del Derecho Administrativo que no habían sido estudiados en conjunto.

En efecto, tanto la deferencia como las fronteras de la ciencia, son conceptos propios del Derecho Administrativo norteamericano. Por lo tanto, era necesario introducirlos y definirlos dentro del ámbito del Derecho Europeo continental, y lograr determinar su validez dentro del mismo. Al mismo tiempo, surgía la clara relación con la discrecionalidad técnica, y cómo un concepto como la deferencia podía permitir su control judicial.

De esta manera, del análisis que puede extraerse del fortalecimiento de la posición y atribuciones del Poder Ejecutivo en el Estado de Derecho, es que fomenta un funcionamiento eficaz de las Administraciones Públicas. En otras palabras, dentro del equilibrio constitucional que tiene que existir, la posición del Poder Ejecutivo debe

considerarse como más fuerte de lo que normalmente podría precisarse. Así, un Estado de Derecho exige que se le otorguen las atribuciones señaladas en la Constitución, y que éstas se interpreten de forma tal que se garantice la eficacia de su funcionamiento para el fiel cumplimiento de sus objetivos.

Paralelamente, del análisis comparativo de cómo afecta al Estado Constitucional un fortalecimiento excesivo del Poder Judicial, se pueden extraer una serie de conclusiones importantes. En primer lugar, el necesario reconocimiento a la existencia de un control judicial absoluto sobre la actividad administrativa, razonable y coherente, y qué responda a las definiciones propias de cada ordenamiento jurídico. Esto implicará que no podrá negarse en momento alguno el control judicial sobre una determinada actuación administrativa o situación jurídica en la que estén implicadas las Administraciones Públicas. Sin embargo, la definición y aplicación del control variará según las circunstancias propias de cada caso, de manera que la eficacia y los objetivos de las Administraciones Públicas no se vean menospreciados.

En segundo lugar, la correspondiente conclusión que resalta es la condenación y negación absoluta del activismo judicial. El activismo judicial no tiene cabida alguna en el espacio de cualquier Estado de Derecho. Precisamente, este fenómeno otorga facultades al Juez, que bajo ninguna circunstancia, le competen. Ello implica que éste se vería facultado para poder resolver conforme a sus creencias y opiniones, alejándose de criterios técnicos y jurídicos. Al mismo tiempo, como se reseñó en su momento, es incluso posible que una resolución, que parezca adecuada en el ámbito jurídico, pudiese

llegar a ser considerada como activismo judicial. De esta manera, cada Poder Judicial debe velar por preparar adecuadamente a sus jueces para evitar que estos procedan a elaborar criterios que se alejen de lo constitucionalmente permitido. Esto deviene, muy posiblemente, en la inconstitucionalidad de atribuciones legales, tales como las del Juez costarricense, que le faculta a sustituir a las Administraciones Públicas.

Así, se puede llegar a establecer que el Poder Judicial tiene que tener un papel fortalecido y definido dentro de cualquier esquema constitucional. Pero, dicho fortalecimiento no puede sobrepasar el balance constitucional que le une en sus relaciones con el Legislativo y el Ejecutivo, respectivamente. El Poder Judicial deberá mantener su posición fuerte y controladora, pero no podrá sobrepasar sus atribuciones, claramente establecidas por la norma constitucional. E, indudablemente, el papel que tendrá cualquier Tribunal Constitucional en dicha labor será sumamente importante.

Las conclusiones que pueden extraerse del contraste realizado es que cualquier control judicial debe partir de las bases sentadas por el Principio de Legalidad. Y, dichas bases, son consecuencia directa del balance jurídico-político que sienta cualquier Constitución Política.

En otras palabras, el Juez no puede simplemente proceder a intervenir en cualquier disputa con las Administraciones Públicas y pretender aislar la misma del sistema público jurídico vigente. Por lo tanto, la discrecionalidad, la discrecionalidad técnica, la deferencia, las fronteras de la ciencia, y cada uno de los elementos componentes del Derecho Administrativo, deben aplicarse en relación al sistema

jurídico administrativo vigente. Y, sin duda alguna, hay que entender que el Poder Ejecutivo debe integrarse de una forma más consolidada de lo que se hace en la actualidad, y que el Poder Judicial no puede fortalecerse al punto que desplaza al Legislativo como eje central constitucional.

Ello implicará, necesariamente, una aplicación y entendimiento adecuado de la discrecionalidad administrativa. Consecuentemente, no podrá tolerarse el activismo judicial, y posiblemente, en supuestos similares, que apliquen la discrecionalidad técnica, podría recurrirse a la deferencia. Las anteriores conclusiones resumen el desarrollo analítico de esta tesis y refuerzan el carácter integral del control judicial de las Administraciones Públicas. En efecto, debe acudir a cualquier instrumento jurídico administrativo que permita un control judicial adecuado y razonable que responda al balance constitucional de cada ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, se ha logrado demostrar plenamente la hipótesis desarrollada. Concretamente, se había indicado que se pretendía demostrar que el control judicial de las Administraciones Públicas es la aplicación del balance jurídico-político que exige la Constitución Política de cada ordenamiento jurídico; ésta resulta ser la definición a la que se ha venido aludiendo.

En otras palabras, el Juez debía analizar cuál era el balance jurídico-político que existía en el Ordenamiento Jurídico, y que le imponía el régimen constitucional vigente, para determinar si la actuación de las Administraciones Públicas se ajustaba a Derecho, o no. De esta forma, se podría garantizar un funcionamiento eficaz y adecuado del

Estado de Derecho, evitando un desbalance desproporcionado entre los órganos constitucionales; sólo así, podría cada órgano constitucional llevar a cabo, correctamente, la función que le había atribuido la norma constitucional aplicable. Claramente, como se ha señalado, cada elemento expuesto a lo largo de este trabajo ejemplifica la hipótesis desarrollada.

De esta manera, se ha cumplido fehacientemente con cada uno de los objetivos generales y específicos. Concretamente, se habían señalado los siguientes:

Objetivos generales:

- Establecer cómo definir el balance jurídico-político que exige un Ordenamiento Jurídico concreto.
- Definir si el papel de la deferencia del Poder Judicial hacia el Ejecutivo juega un papel relevante en el Estado de Derecho.

Objetivos específicos:

- Determinar el control judicial de la discrecionalidad técnica.
- Reconocer a las fronteras de la ciencia como un supuesto especial dentro del control judicial de las Administraciones Públicas.
- Definir cómo controlar el activismo judicial.
- Reconocer un concepto de deferencia.

Cada objetivo ha sido satisfecho en su totalidad. Primero que todo, se ha logrado establecer cómo el Principio de Legalidad sirve como medio para determinar el balance jurídico-constitucional. Asimismo, ha quedado establecido el papel que juega la deferencia, cómo puede entenderse como concepto, y cómo puede ser determinante en el control judicial de la discrecionalidad técnica. Al mismo tiempo, al cumplir con dicho objetivo, se cumplió con el específico relacionado con el control judicial de ésta. Igualmente, las fronteras de la ciencia puede jugar un papel esencial en cualquier control judicial y en las labores técnico científicas del Poder Ejecutivo. Y, precisamente, cada uno de estos elementos, permitirá evitar el activismo judicial.

Por lo tanto, esta tesis pone un especial énfasis en la labor del Juez y cómo debe ejercerse con una delicadeza absoluta. Así, no puede éste imponer políticas propias de otros órganos constitucionales, ya sea por convicción o por un llamado a la justicia. Como bien señaló el Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Oliver Wendell Holmes, *“la labor de un juez no es hacer justicia, sino que aplicar el Derecho y esperar que se haga justicia”*. De esta manera, el control judicial que se ha pretendido definir busca que aplique el Derecho, como corresponde, y que por medio de su correcta aplicación, se permita un Ordenamiento Jurídico justo y razonable.

**Bibliografía**

Abernathy, Charles F. *Law in the United States: Cases and Materials*. International Law Institute, Washington, D.C., 1995, 804 p.

Alguacil Marí, Pilar. *Discrecionalidad técnica en la comprobación tributaria de valores: La problemática de su control judicial*. Diálogo: Madrid, 1999, 333 p.

Andersen, William R. Against Chevron - A Modest Proposal; en. 56 *Admin. L. Rev.* 977 (2004).

Armstrong, Timothy K Chevron Deference and Agency Self-Interest;. en. 13 *Cornell J.L. & Pub. Pol'y* 203 (2003-2004).

Asimow, Michael; Bonfield, Arthur Earl; Levin, Ronald M. . *State and Federal Administrative Law*. West Group: St. Paul, Minn, 2<sup>nd</sup> Ed., 1998, 791 p.

Ayers, Marc James. Unpacking Alabama's Plain-Meaning Rule Of Statutory Construction. en. *Alabama Lawyer*. 67 Ala. Law. 31, January, 2006, p. 32.

Barnés Vázquez, Javier. Una Nota sobre el análisis comparado: A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa. en. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez. Madrid: Civitas, 1996, p. 225-244.

Breger, Marshall J., y, Edles, Gary. *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*. 52 *Admin. L. Rev.* 1111 (2000).

Bradley, Curtis A. Chevron Deference and Foreign Affairs; en. 86 *Va. L. Rev.* 725 (2000).

Brewer- Carías, Allan Randolph. "Comentarios sobre los Principios Generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica." en. *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*. Colegio de Abogados de Costa Rica, Asociación Costarricense de Derecho Público, San José, Costa Rica, 1981.

Camba Constenla, Carmen. Una vez más en torno al control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica y su vis expansiva hacia el terreno de los elementos reglados. en. *Dereito*. Vol. 7, n. 1: 293-317, 1998. ISSN 1132-9947.



Chen, Jim. Legal Mythmaking In A Time Of Mass Extinctions: Reconciling Stories Of Origins With Human Destiny. en. *Harvard Environmental Law Review*. 2005, p. 299-300.

Chen, Jim. Across The Apocalypse On Horseback: Imperfect Legal Responses To Biodiversity Loss. en. *Washington University Journal of Law and Policy*. 2005, p. 29.

Costa Rica. *Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional por Roberto Quirós Coronado*. San José: Aselex, 1996.

Coverdale, John F. *Chevron's Reduced Domain: Judicial Review of Treasury Regulations after Mead*. en. *Administrative Law Review*, 55:1, 2003, p. 39-93.

Dame, Paul A. Stare Decisis, Chevron, and Skidmore: Do Administrative Agencies Have the Power to Overrule Courts; en. *44 Wm. & Mary L. Rev.* 439 (2002-2003).

De la Serna Bilbao, María Nieves. La Agencia de Protección de Datos española: con especial referencia a su característica independiente. En. *Revista de Informática para Juristas. Actualidad Informática Aranzadi*. No. 22, Enero de 1997, p. 1.

De Vicente Domingo, Ricardo. El Medio Ambiente natural en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez. Madrid: Civitas, 1996, p. 599-615.

Delgado Barrio, Javier. *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*. Madrid: Civitas, 1993, 122 p.

Desdentado Daroca, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico: Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*. 2da, ed., Navarra: Aranzadi, 1999, 514 p.

Desdentado Daroca, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: Un estudio crítico de la jurisprudencia*. Madrid: Cívitas, 1997, 160 p.

Fajardo Salas, Gonzalo. El Estado de Derecho y la Ley General de la Administración Pública. En. *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*. Colegio de Abogados de Costa Rica, Asociación Costarricense de Derecho Público, San José, Costa Rica, 1981.

Farina, Cynthia R. . *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 COLUM. L. REV. 452, 456-57- 464, 466-72, 499-526 (1989). *en. Administrative Law Anthology: Edited with Comments by Thomas O. Sargentich*. Anderson, 1994, 451 p.

Faya Barrios, Antonio Luis. Discrecionalidad y Espacios Naturales Protegidos: Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio. *en. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Juridico de la Junta de Andalucía. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez*. Madrid: Civitas, 1996, p. 51-56.

Fernández, Tomás R. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 4ta ed., 2002. 267 p.

Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido. Activismo Judicial, Medios de Comunicación y Estado de Derecho. *en. Revista de las Cortes Generales*, p. 56.

Fernández Vivancos-González, Elisa Isabel. Construcción y Edificación en Suelo no Urbanizable. *en. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Juridico de la Junta de Andalucía. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez*. Madrid: Civitas, 1996, p. 585-597.

Fine, James D., Owen, Dave. Technocracy And Democracy: Conflicts Between Models And Participation In Environmental Law And Planning. *en. Hastings Law Journal*. May, 2005, p. 901.

Fonseca Ferrandis, Fernando E. *La liberalización del suelo en España. Presupuestos y marco jurídico-constitucional*. Prólogo de Luciano Parejo Alfonso. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 270 p.

Franklin Marc, A., et al. *Mass Media Law: Cases and Materials*. Foundation Press, New York, New York, 2000, 787 p.

Funk, William F., et al. *Selected Federal and State Administrative and Regulatory Laws*. West, St. Paul, Minnesota, 2002, 447 p.

García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Civitas, 4ta ed., 1998, 340 p.

García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Cívitas, 3ª ed., 1983, 99 p.

García De Enterría, Eduardo; Ramón-Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*, vol. I, 9ª ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 432.

García del Río, Luis. El control judicial de la discrecionalidad técnica. *en. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Juridico de la Junta de Andalucía. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez*. Madrid: Civitas, 1996, p. 375-387.

García-Trevijano Fos, José Antonio. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*. Madrid: Selecciones Gráficas, 3ª Ed., 1973, 583 p.

Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo: Parte General. Volumen I*. 13ª Ed., Madrid: Tecnos, 2002, p. 681.

Gellhorn, Ernest; Levin, Ronald M.. *Administrative Law and Process: In a Nutshell*. West, St. Paul, 1997, 459 p.

González-Deleito, Domínguez, Nicolás. La <<integración>> de las cláusulas de atribución de potestades administrativas discrecionales. *en. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Juridico de la Junta de Andalucía. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez*. Madrid: Civitas, 1996, p. 211-223.

González Navarro, Francisco. *Derecho Administrativo Español: El Acto y el Procedimiento Administrativos III*. Pamplona: Eunsa, 1997, 1333 p.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo , 5ta Ed., 1998.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. La Defensa del Usuario y del Administrado*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo , 3ra Ed., 1998.

Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo , 1998.

Granado Hijelmo. La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los Poderes Públicos. en. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Juridico de la Junta de Andalucía. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez*. Madrid: Civitas, 1996, p. 123-189.

Hinojosa Martínez, Luis Miguel. *La acción de oro en Derecho Comunitario: Activismo Judicial versus Intervencionismo Estatal*, p. 31- 32, 35.

<http://fish.blogs.nytimes.com>

Igartua Salaverría, Juan. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1998, 165 p.

Igartua Salaverría, Juan. Discrecionalidad, Arbitrariedad y Control Judicial. en. *Revista vasca de administración pública*. No. 46, 1996, p.95-188.

Jeffries, Jr., John C. et al. *Civil Rights Actions: Enforcing the Constitution*. Foundation Press, 2000, 897 p.

Legomsky, Stephen H. Deportation And The War On Independence. Symposium: The Great Writ: Developments in the Law of Habeas Corpus. en. *Cornell Law Review*. January, 2006, p. 386-387.

López Benítez, Mariano. *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las Relaciones Especiales de Sujeción*. Madrid: Civitas, 1994.

López Menudo, Francisco. El Control judicial de la Administración en la Constitución Española. en. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Juridico de la Junta de Andalucía. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez*. Madrid: Civitas, 1996, p. 23-48.

López Pallarés, María Ángeles. Arbitrariedad Administrativa y Activismo Judicial. en. *El Consultor*. No. 3, 15 de febrero, 1997, p. 353.

Marín Hernández, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa. Estudio Preliminar Luciano Parejo Alfonso*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, 1047 p.

McGarity, Thomas O. . Our Science Is Sound Science And Their Science Is Junk Science: Science-Based Strategies For Avoiding Accountability And Responsibility For Risk-Producing Products And Activities. *en. University of Kansas Law Review*. June, 2004, p. 898.

Merrill, Thomas W. . *Judicial Deferente to Executive Preceent*, 101 YALE L.J. 969, 969-85, 990-991, 993-998, 1000, 1002, 1032-33 (1992). *en. Administrative Law Anthology: Edited with Comments by Thomas O. Sargentich*. Anderson, 1994, 451 p.

Moreno Molina, Ángel Manuel. *La Administración por agencias en los Estados Unidos de Norteamérica*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 356.

Murphy, Richard W. A "New "Counter-Marbury: Reconciling *Skidmore* Deference and Agency Interpretive Freedom. *en. Administrative Law Review*, 56:1, 2004, p. 1-51.

Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2da Ed., 2000, 494 p.

Ortiz Ortiz, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo*. San José: Stradtman, 1998.

Ortiz Ortiz, Eduardo. *Justicia Administrativa Costarricense*. San José: LIL, 1990.

Parejo Alfonso, Luciano. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993. 131 p.

Parejo Alfonso, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 134 p. *Colección: Cuadernos y Debates*.,

Parejo Alfonso, Luciano. *Derecho Administrativo: Instituciones generales: Bases, Fuentes, Organización y Sujetos, Actividad y Control*. Barcelona: Ariel, 2003, p.1347

Parejo Alfonso, Luciano. Estudio preliminar: interés público como criterio de control de la actividad administrativa. *En. Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 27-43.

Pérez Andrés, Antonio Alfonso. La Limitación constitucional de la remisión legislativa al planteamiento. *en. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de*

*estudio del Gabinete Juridico de la Junta de Andalucía. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez. Madrid: Civitas, 1996, p. 635-664.*

Pierce, Jr., Richard J.. *Chevron and its Aftermath: Judicial Review of Agency Interpretations of Statutory Provisions*, 41 VAND. L. REV. 301, 301-08, 312-14 (1998). *en. Administrative Law Anthology: Edited with Comments by Thomas O. Sargentich. Anderson, 1994, 451 p.*

Pragmatic Approach to Chevron, A. *en. 112 Harv. L. Rev. 1740 (1998-1999).*

Raskin, Jamin B. *Overruling Democracy: The Supreme Court Versus The American People*. Routledge: New York, New York, 2004. 312 p.

Requena López, Tomás. Ideas en Torno a una Expresión Falaz: El control de la discrecionalidad administrativa. *en. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Juridico de la Junta de Andalucía. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez. Madrid: Civitas, 1996, p. 89-95.*

Rivero Ysern, José Luis. Reflexiones sobre la discrecionalidad administrativa en el urbanismo. Breve reseña jurisprudencial. *en. Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Juridico de la Junta de Andalucía. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez. Madrid: Civitas, 1996, p. 561-582.*

Sargentich, Thomas O. *Ed. Administrative Law Anthology: Edited with Comments by Thomas O. Sargentich. Anderson, 1994, 451 p.*

Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994. 162 p.

Scalia, Antonin, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989, DUKE L.J. 511, 513-17, 520-21. *en. Administrative Law Anthology: Edited with Comments by Thomas O. Sargentich. Anderson, 1994, 451 p.*

Schwartz, Herman (Ed.). *The Rehnquist Court : Judicial Activism on the Right*. New York: Hill and Wang, 2002. 288 p.

Severo Giannini, Massimo. *Derecho Administrativo*. Ministerio para las Administraciones Públicas, Volumen Primero, Traducción Luis Ortega, 1991, 413 p.

Siegel, Andrew D. .The Aftermath of Baltimore Gas & Electric Co. v. NRDC: A Broader Notion of Judicial Deference to Agency Expertise. en. 11 *HARV. ENVTL. L. REV.* 331, 378-80 (1987).

Sisk, Gregory C. *Litigation with the Federal Government*. Foundation Press, New York, New York, 2000, 971 p.

Tiefer, Charles; Shook, William A.. *Government Contract Law*. Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1999, 565 p.

Tomás y Valiente, Francisco. *A orillas del Estado*. Taurus, 1996, p. 143.

Tridimas, Takis. The Court Of Justice And Judicial Activism. en. *European Law Review*. E.L. Rev. 1996, 21(3), 199-210, 1996.

Vázquez García, José Angel. El control de la discrecionalidad en las normas urbanísticas de aplicación directa. en. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial. I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Coordinadores: Eduardo Hinojosa Martínez, Nicolás González-Deleito Domínguez*. Madrid: Civitas, 1996, p. 353-359.

Ventura Rodríguez, Manuel E. . *La categoría jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Derecho Público costarricense*. San José: Lil, 2004. 205 p.

Ventura Rodríguez, Manuel E. El fundamento jurídico y constitucional de las Relaciones de Sujeción Especial en Costa Rica. en. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. Otoño 2004, Año 4, No. 4, p. 183-194.

Ventura Rodríguez Manuel. Las potestades normativas y sancionatorias municipales en materia ambiental: una visión comparada. *IVSTITIA*, Año 20, N° 236-237, agosto-setiembre 2006. págs. 31-42.

Wick, William A.. "Book Review: Men In Black". *Defense Counsel Journal*. January, 2006, p. 82.